

**EDIÇÃO 18** JUN – JUL/2023

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ - ISSN 2675-9403



**TJPR**



# GRALHA AZUL

PERIÓDICO CIENTÍFICO DA EJUD/PR



**EJUD-PR**

ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ



## **Editor-Chefe**

Luiz Fernando Tomasi Keppen

## **Conselho Editorial**

Desembargador Mário Luiz Ramidoff

Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha

Desembargador Luiz Osório Moraes Panza

Desembargador Jorge de Oliveira Vargas

Desembargador Octávio Campos Fischer

Desembargadora Priscilla Placha Sá

Desembargador Ramon de Medeiros Nogueira

Desembargador Roberto Portugal Bacellar

Desembargador Ruy Alves Henriques Filho

Desembargador Substituto Anderson R. Fogaça

Juiz de Direito André Carias de Araujo

## **Coordenação Editorial**

Adriane Garcel

## **Supervisão Editorial**

Karen Paiva Hippertt

## **Revisão**

Gustavo Calixto Guilherme

## **Layout**

Luiz Fernando Patitucci

**Revista Galha Azul: Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná - EJUD/ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, ed. 18. v.1, Curitiba, jun-jul-2023.**

**Bimestral**

**ISSN 2675-9403**

**Disponível em: <https://ejud.tjpr.jus.br/revista-gralha-azul>**

**1. Direito – Periódico. 2. Tribunal de Justiça – Paraná.**

**CDU: 340**

**É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a devida citação.**

**As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.**

# EDITORIAL



A 18ª Edição da Revista Gralha Azul, em convergência ao projeto de excelência científica a que se propõe o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, apresenta notáveis trabalhos produzidos por profissionais do direito e por docentes, os quais se ocuparam de temas absolutamente pertinentes na contemporaneidade, e, com isso, trazem singulares contribuições à cultura jurídica.

A Revista tem início com a pesquisa de autoria do eminente Ministro José Barroso Filho, que discorre sobre as "decisões judiciais no processo de desenvolvimento", aportando significativas reflexões acerca do processo estrutural e de seus reflexos na concretização dos direitos sociais que devem necessariamente decorrer da execução das políticas públicas.

Em seguida, é trazido o instigante artigo do consagrado Professor Luiz Fernando Coelho, que versa sobre os "avatares ideológicos do ensino jurídico – macrofilosofia e crítica da educação jurídica". Na linha de análise a partir das intersecções entre "Direito e Cinema", com incomum criticidade, são enfrentados aspectos fundamentais da construção dos conceitos jurídicos e de seus influxos ideológicos vinculados à preservação dos poderes e das instituições.

"Para além dos autos: diálogos pela democracia" é o título que aglutina a temática na qual se incursionaram os ilustrados Desembargadores Ramon de Medeiros Nogueira e Rogério Etzel, trabalho realizado em coautoria com as qualificadas servidoras Adriane Garcel e Karen Hippertt. Trata-se de estudo centrado na efetividade do direito de participação no processo, cuja densidade justificou sua exposição no IX Congresso Luso Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania, realizado durante os dias 28 a 30 de maio de 2023, nesta Capital.

Na sequência, a Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães, do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, aborda a grave questão atinente "à discriminação da mulher no trabalho", expondo o quanto se espera da ordem jurídica para que dela se extraia a mais célere superação desse inegável retardo civilizatório.

# EDITORIAL

“A mitigação da natureza inquisitiva do inquérito civil - a necessidade de adequar os procedimentos administrativos ao direito processual em transformação”, é a temática apresentada pela Juíza de Direito Ana Cristina Cremonesi. O competente estudo procura identificar em que medida a principiologia processual, inclusive o direito ao contraditório, deve ser transportada aos procedimentos de natureza investigatória.

Julson Arantes e Heloísa Bagatin Cardoso, ambos estudiosos do direito agrário, trazem relevante ensaio sobre a política de fomento estatal destinada ao segmento do agronegócio, invocando fundamentos do Direito Financeiro, com destaque para o sistema de financiamento público desse segmento que assume protagonismo na economia nacional.

Por fim, o Desembargador Hamilton Rafael Marins Schwartz, cuja trajetória tem se notabilizado pelos estudos aprofundados no campo da tutela judicial da saúde, em coautoria com o proficiente servidor Gustavo Formes Dias, apresenta o indispensável trabalho intitulado “Competência para julgamento das demandas prestacionais sobre saúde: reflexões e perspectivas”, voltando-se à análise das competências federativas, fundamentais ao Direito Sanitário, sobretudo em relação aos fármacos registrados junto à ANVISA, porém não incorporados aos protocolos do Sistema Único de Saúde.

Encerra-se com o merecido enaltecimento ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, pela firme postura institucional em seus projetos de capacitação, fundada na lúcida compreensão de que a eficiência da atividade jurisdicional está a depender do permanente aprimoramento formativo e da aproximação com os mais variados ramos do saber, sendo certo que, com esta obra, que honrosamente se apresenta, vem reafirmar o propósito institucional de estímulo ao inesgotável estudo do Direito.

Lado outro, registra-se que tal desígnio somente se viabiliza pela contribuição dos valorosos textos encaminhados para publicação e, exatamente por isso, consigna-se o profundo agradecimento às autoras e aos autores que ofereceram seus trabalhos à Revista Gralha Azul.

Lembramos que a periodicidade da Revista é bimestral e a submissão de trabalhos é contínua. Acesse as normas de submissão em nossa página.

Uma excelente leitura!

**Claudio Smirne Diniz<sup>1</sup>**

Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito (PUC/PR). Professor de Direito Administrativo. Professor do PPGD da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Coordenador da área de Direito Administrativo da Escola Judicial do Paraná (EJUD).

# SUMÁRIO

<b>EDITORIAL</b> Claudio Smirne Diniz	5
<b>DECISÕES JUDICIAIS NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO – CONTRIBUIÇÕES AO DEBATE DOS DIREITOS SOCIAIS NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS</b> José Barroso Filho	8
<b>OS AVATARES IDEOLÓGICOS DO ENSINO JURÍDICO – MACROFILOSOFIA E CRÍTICA DA EDUCAÇÃO JURÍDICA</b> Luiz Fernando Coelho	14
<b>PARA ALÉM DOS AUTOS: DIÁLOGOS PELA DEMOCRACIA</b> Ramon de Medeiros Nogueira, Rogério Etzel, Karen Paiva Hippertt, Adriane Garcel	31
<b>COMBATE À DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NO TRABALHO</b> Maria Lúcia Cardoso de Magalhães	47
<b>MITIGAÇÃO DA NATUREZA INQUISITIVA DO INQUÉRITO CIVIL – A NECESSIDADE DE ADEGUAR OS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS AO DIREITO PROCESSUAL EM TRANSFORMAÇÃO</b> Ana Cristina Cremonezi	62
<b>CRÉDITO RURAL: SISTEMA DE FINANCIAMENTO PÚBLICO DO AGRONEGÓCIO E ASPECTOS POLÊMICOS</b> Heloísa Bagatin Cardoso, Julson Arantes	74
<b>COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DAS DEMANDAS PRESTACIONAIS SOBRE A SAÚDE: REFLEXÕES E PERSPECTIVAS</b> Hamilton Rafael Marins Schwartz, Gustavo Formes Dias	122

# ARTIGOS

## DECISÕES JUDICIAIS NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO – CONTRIBUIÇÕES AO DEBATE DOS DIREITOS SOCIAIS NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS



**José Barroso Filho<sup>1</sup>**

O artigo, sob a forma ensaística, posiciona-se na seara dos debates pela concretização dos direitos sociais, de modo que perpassa o ideário de construção de um processo decisório informado pela modelagem de decisão estrutural capaz de promover concretização e desenvolvimento dos direitos sociais. Assim, envida-se o debate sobre alternativas para melhorar o plano fático de concretização de políticas públicas, a defender a concretização dos direitos sociais. Tal é a hipótese e a abordagem do presente ensaio lança a percepção das complexidades e dos desafios do sistema jurídico em face da necessária conformação normativa das ações públicas sobre direitos sociais aventada em litígios estruturais.

**Palavras-chave:** Decisões Estruturais; Direitos Sociais; Políticas Públicas

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pelo UniCuritiba, Doutorando em Direito e em Educação, Arte e História da Cultura pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Doutor Honoris Causa pela Universidade Castelo Branco, Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Juiz de Carreira, é Ministro do Superior Tribunal Militar e Conselheiro do Conselho Nacional de Educação. Palestrante em eventos nacionais e internacionais, Professor Universitário e Membro de Bancas Examinadoras em Concursos Jurídicos. E-mail: jbarrosofilho@uol.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0790988051145894>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2650-2098>.



## JUDICIAL DECISIONS ON THE DEVELOPMENT PROCESS – CONTRIBUTIONS TO THE DEBATE ON SOCIAL RIGHTS IN THE IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES

The article, in essay form, is positioned in the field of debates for the realization of social rights, so that it permeates the ideal of building a decision-making process informed by structural decision modeling capable of promoting the realization and development of social rights. Thus, the debate is launched on alternatives to improve the factual plan for implementing public policies, defending the implementation of social rights. Such is the hypothesis, and the approach of this essay launches the perception of the complexities and challenges of the legal system in the face of the necessary normative conformation of public actions on social rights suggested in structural disputes.

**Keywords:** Structural Decisions; Social rights; Public policy.

## INTRODUÇÃO

As questões afetas à aplicação da norma jurídica nos processos judiciais – o que se submete à apreciação do Poder Judiciário sob a forma de ações – parecem posicionar-se no campo de justificação da dimensão jurídica das próprias decisões. É algo como a conformação do pensamento jurídico a partir da orientação imanente dos atores envolvidos no processo da construção judicial.

Em face de um cenário marcado – nos últimos anos – pelas dificuldades de diálogos (efetivos) entre os Poderes Republicanos, a litigância em matérias que envolvem interesses públicos revelou-se alternativa constitucionalmente viável.

De um lado, a própria caracterização da linguagem jurídica através de seus signos e significados, viabilizando a ideia de constitucionalismo, vem contribuindo para o debate do final do século XIX, início do século XX, de um Direito Constitucional que seja democrático. A caracterização de um movimento, sobretudo após a Segunda Grande Guerra, aprimorando a garantia jurisdicional da prevalência da Constituição sobre as demais normas, penetrou na cultura jurídica a formar o paradigma juspositivista com o condão de enveredar a legitimação do Direito e dos seus critérios de validade nos variados Estados.

De outro, na seara pragmática, da concretização dos direitos sociais, a questão de tensionamento reside na necessidade de migração – paulatina e constantemente – de um processo decisório informado por um apego excessivo ao formalismo legal do decisor para uma modelagem de decisão estrutural capaz de promover desenvolvimento de tal categoria de direitos (tanto na dimensão de materialização quanto na função interpretativa do Direito).

Nesse contexto, discorrer sobre alternativas para melhorar o plano fático, de eficácia e efetividade de políticas públicas é defender a concretização dos direitos sociais. Tal é a hipótese e a abordagem do presente ensaio que se posiciona em face da aparente ausência de conexão entre medidas legislativas, orçamentárias, ou, ainda, burocráticas para a conformação da normatividade constitucional acerca dos direitos sociais encerrados em ações estatais versadas em políticas públicas.

De tal sorte, a enriquecer o debate, a proposta de revisita à forma de construção/argumentação da

decisão judicial (de índole estrutural) se apresenta, a fim de fornecer um padrão mínimo de debate acerca da segurança jurídica à sociedade em que se instala. Impende, assim, ponderar as linhas gerais sobre quais seriam as características comuns às decisões estruturais (levadas a efeito pelo Poder Judiciário) que concretizam/materializam os direitos sociais, orientando políticas públicas.

## 2 CONTEMPORANEIDADE JURISDICCIONAL: CONSTITUIÇÃO, DECISÕES JUDICIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

A contemporaneidade reclama que as questões afetas à aplicação da norma jurídica sejam tratadas sob o viés daquele pensamento jurídico que considera relevante a orientação do comportamento dos atores envolvidos da decisão judicial<sup>1</sup>.

Em face das crescentes demandas da sociedade, a decisão estrutural<sup>2</sup> vem se tornando instrumento jurídico/político de relevo para a solução de questões interpretativas (ou mesmo de ordem prática) dos direitos sociais – sobretudo na arena das ações públicas enredadas em políticas públicas.

Surge a hipótese, dessa forma, de que os gradientes de índole dogmática e técnica, os quais devem ser ponderados pelo intérprete<sup>3</sup>, a fim de conferir maior grau de segurança jurídica e previsibilidade às ações versadas em litígios estruturais, podem e devem ser minimamente parametrizados pelo julgador.

Se, por um lado, o debate pela concretização dos direitos sociais é tema que pulula na Academia e nos Tribunais e Parlamentos, por outro, a carência de ações coordenadas entre medidas políticas, burocráticas e financeiro-orçamentárias efetivas, como amplamente narrado, aportam maiores dificuldades de materialização (e mesmo desenvolvimento) dos direitos sociais.

Com efeito, a saída – pela via das decisões estruturais – passa pela migração, contínua e suave, de um modelo de decisão unicamente legalista para a decisão judicial pautada na concretização do direito social pela (re)orientação da política pública<sup>4</sup>. Tal modelagem deve beber da fonte da principiologia, da hermenêutica de vanguarda e da posição que veicula máxima efetividade ao bem-estar do cidadão que – in fine – é a razão de ser de todo o debate público.

Em face das diversas possibilidades de atuação jurisdiccional, a revelar o Poder Judiciário como

<sup>1</sup> AINSWORTH, Scott H. *Analyzing interest groups: group influence on people and policies*. New York e London: W.W. Norton & Company, 2002.

<sup>2</sup> Assumindo-se a abordagem de que “Trata-se de concepção com viés muito pragmático; não há grandes preocupações com a definição analítica ou a categorização sistemática desse tipo de decisão”, nos termos anotados por DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR,

Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Notas sobre as decisões estruturantes*. *Civil procedure review*, v. 8, n. 1, p. 46-64, 2017.

<sup>3</sup> CALSAMIGLIA, Albert. *Sobre la dogmática jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico*. 1982.

<sup>4</sup> De rememorar a abordagem de COUTINHO, Diogo R. *O direito nas políticas públicas*. In: *Política Pública como Campo Disciplinar*. São Paulo, 2014.

verdadeiro vocalizador de demandas<sup>5</sup>, mostra-se oportuno lançar à discussão os limites da dogmática tradicional – sempre na toada da concretização de direitos sociais – para o campo dos demais atores institucionais.

A afirmação do posicionamento da Constituição como feixe de interpretação (fonte de orientação) termina formatando uma verdadeira “atmosfera” a partir da qual os demais ramos do Direito passam a se conformar, segundo este novel pensamento. Por certo, não se trata de fenômeno que tenha unânime aceitação, no Brasil, uma vez que segue acompanhado por pechas daquilo que se convencionou denominar de ‘ativismo judicial’.

Com efeito, a liberdade de acesso ao Judiciário no ambiente de modernidade líquida e da sociedade de risco, em face da baixa segurança jurídica, é calcada na estabilidade e previsibilidade da produção do Direito, em uma relação que se torna ainda mais complexa em virtude da litigiosidade da realidade brasileira.

Importa destacar que, no desenvolvimento das funções neoconstitucionais (ou mesmo na sua própria aplicação), as quais, por natural se espriam por todo o ordenamento, emerge o foco para os direitos sociais fundamentais (estruturantes), especialmente em razão da elevada “abertura semântica” e “elasticidade”<sup>6</sup> que tal modal de princípios enceta na busca de soluções adequadas e justas aos problemas que se apresentam.

Com azo na compreensão de que direitos sociais<sup>7</sup> são elementos da cidadania<sup>8</sup>, a qual perpassa pela análise da existência de uma influência real dos desdobramentos individuais sobre as escolhas coletivas, pretende-se o desenvolver de um conceito mais tolerante para o alcance do ato da decisão judicial, a autorizar uma margem maior de (plural e efetiva) operação, no âmbito da ação estatal<sup>9</sup>.

Se o contexto da abordagem dogmática usualmente se relaciona às atividades de interpretação, de exercício hermenêutico e à sistematização de preceitos legais, urge instigar que a discussão jurídica não pode se posicionar alheia às determinações políticas do sistema jurídico<sup>10</sup>. Importa perceber o campo jurídico como meio capaz de favorecer a liberdade de acesso ao Judiciário – o que conduz, de fato, repise-se, à atual litigiosidade da realidade brasileira. Não se pode fugir de tal realidade.

Em que pese as modernas soluções de litígios e de composição extrajudicial, registrada está a

percepção de que o Judiciário é, e continuará sendo porquanto viva a Constituição de 1988, importante locus para a solução dos conflitos da vida e, portanto, dos direitos sociais.

Tal modal de percepção parece arregimentar as complexidades e desafios do sistema jurídico para a natural interação entre o Direito posto e a sua concretização prática, sobretudo no pertinente à conformação normativa das ações públicas sobre direitos sociais, – o que é aventado em litígios estruturais.

Por certo, como o Judiciário não pode recusar o recebimento de novas ações, ainda que esteja assoberbado de trabalho<sup>11</sup>, resta encontrar, em certa medida, na decisão estrutural e nos provimentos usuais dos processos coletivos, formas pragmáticas de concretização dos direitos sociais.

À abordagem da atuação judicial tem-se informado que as decisões estruturais são formuladas quando o órgão julgador, diante de significativas dificuldades de agenda dos demais Poderes do Estado, segue a cuidar da materialização dos comandos constitucionais. Tal processo acaba por determinar providências organizacionais para a eliminação de barreiras à realização dos direitos sociais<sup>12</sup>.

### 3 CONTRIBUIÇÕES ESTRUTURANTES AO DEBATE DOS DIREITOS SOCIAIS – A OPÇÃO PASSA PELO VIÉS DA CONCRETIZAÇÃO

A fim de conferir azo à discussão jurídica legitimadora de novos mecanismos jurisdicionais (para o enfrentamento à crise de concretização dos direitos sociais, especialmente por meio da tecnologia das decisões estruturais), o debate que se propõe – de cunho teórico – deve revisitar a análise de como a decisão judicial apresenta potencial para promover o desenvolvimento, por meio de uma abordagem francamente direcionada ao destravamento na prestação de direitos sociais.

O debate é também informado pelo fato de que a concretização de tal categoria de direitos usualmente pode não se dar pelas vias ordinárias, mas mediante inserção de outro ator institucional no cenário – qual seja, o Judiciário (que atua por meio do provimento judicial). Isto se opera em virtude da carência de coordenação entre as medidas executivas

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> FRANCISCO, José Carlos. BUSCA POR ALTERNATIVAS A JUDICIALIZAÇÃO E POSSIBILIDADES. In: NASCIMENTO, Salette et alii. ARBITRAGEM EM GERAL E EM DIREITO TRIBUTÁRIO SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.

<sup>7</sup> Por todos, TELLES, Vera da Silva. Direitos sociais: afinal do que se trata?. Revista USP, n. 37, p. 34-45, 1998.

<sup>8</sup> BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania e democracia. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, p. 5-16, 1994.

<sup>9</sup> CHEVALLIER, Jacques. O Estado pós-moderno. Fórum, 2009.

<sup>10</sup> DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. Método Editora, 2006.

<sup>11</sup> FRANCISCO, José Carlos. BUSCA POR ALTERNATIVAS A JUDICIALIZAÇÃO E POSSIBILIDADES. In: NASCIMENTO, Salette et alii. ARBITRAGEM EM GERAL E EM DIREITO TRIBUTÁRIO SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS. 2020.

<sup>12</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. RePro – Revista de Processo, São Paulo, v. 225, p. 389-410, 2013

e legislativas, o que implica nas conhecidas violações a direitos constitucionais sociais<sup>13</sup>.

Analisa-se, assim, a conformação do pensamento jurídico a partir do comportamento dos atores implicados no processo dogmático de interpretação do texto jurídico. É que a litigância segue, desta feita, pautada por interesses públicos, a conferir factibilidade ao conhecido controle jurisdicional de políticas públicas no país.

Para compreender os resultados de tais litígios estruturais é necessário desenvolver a abordagem da decisão estrutural (ou estruturante), como mecanismo de efetivação de direitos sociais e, nesta senda, de promoção do desenvolvimento – sem olvidar das políticas públicas da área.

Diante desta sociedade complexa, a formação do juiz acaba demandando deste ator um engenhoso trabalho de compreensão das multifacetadas questões que se lhe são apresentadas – importa relevar que se conhece o fortalecimento das Escolas Judiciárias que, formalmente, impulsionam a renovação do conhecimento dos magistrados, para as quais, felizmente, há farto e amplo campo de desenvolvimento.

Ao cotejar referidos dados com a agenda da sociedade de risco e considerando a abertura do texto constitucional normativo para o que se pode denominar de processo interpretativo construtivo, percebeu-se a ampliação do papel do magistrado, especialmente em razão de princípios constitucionais e conceitos jurídicos indeterminados, que conferem supedâneo para os desenvolvimentos interpretativos na construção de uma decisão justa.

De tal sorte, razoável é demandar uma magistratura pluralista e disposta a entender as diversidades da sociedade contemporânea.

É que, se, por um lado, a proposta dogmática objetiva garantir a estabilização institucional, conferindo maior cientificidade à abordagem do Direito, por meio do desenvolvimento da discussão jurídica e de argumentação, por outro, a invocação da dogmática pode – simplesmente – produzir a redução de encargos de justificação, o que não contribui, *prima facie*, para a evolução democrática.

Relacionando-se às atividades de interpretação e sistematização de preceitos legais, a dogmática, como clara contribuição sistêmica do positivismo jurídico é ínsita na tarefa de compreender a estrutura da norma segundo a proposição de institutos eminentemente jurídicos.

Nesse mesmo compasso, veja-se que a discussão jurídica não pode se ilhar do social. Não é

alheia ao estudo de outras áreas, como a economia, a filosofia, a política ou a sociologia, de sorte a perceber o campo jurídico como arena de disputa entre atores diversos, formatando uma verdadeira comunidade epistêmica<sup>14</sup> para a concretização de direitos.

É necessário que a decisão judicial atue assim, ancorada em fortes princípios, esforçando-se para seguir o processo planejado e metódico a fim de justificar – no Direito – a apuração da eficácia, da eficiência, da efetividade e mesmo da economicidade das ações públicas de conformidade com o plano normativo – nas políticas públicas.

A ideia que se entabula passa por empreender a formação e a própria análise das políticas públicas, sob a perspectiva das formas de atuação das instituições incumbidas da ação pública. Tal missão – anote-se – revela-se deveras complexa, mas de cariz mais factível se levada a efeito no campo jurisdicional, sobretudo quando havido pelas decisões estruturais.

De se ponderar que tem ganhado força a análise do potencial para as diferenças interpessoais havidas nas bases para as escolhas empreendidas pelos juízes. Trata-se das discussões acerca dos vários tipos de público (audiências), capazes de enfatizar as diferenças entre os posicionamentos judiciais.

A análise de políticas públicas ocupa-se da descrição e compreensão da ação do Estado – busca-se o entendimento da atividade dos governos com potencial de contribuição para a solução de demandas sociais e o viés comportamental também engendra destaque. É tema relativamente novo, que desafia discussões (nas quais não se adentrará aqui, por razões de coesão argumentativa no espaço)

Rememorem-se, nessa mesma virada, as ideias de Keynes incentivaram a adoção de políticas que formataram um novo tipo de Estado, o Welfare State (Estado do bem-estar social), que representou um esforço de reconstrução econômica, moral e política<sup>15</sup>.

Por outro lado, verifica-se que a concretização dos direitos sociais versados nas políticas públicas, com é de conhecimento amplo, pode não ocorrer pelo processo ordinário entre os Poderes Executivo e Legislativo. Não raro, a materialização de ações se dá mediante interação de/com o Judiciário, por meio do provimento judicial.

O fenômeno da judicialização de dá em face do alcance insuficiente das políticas públicas, em cenário que se ergue violando a direitos constitucionais, sobretudo direitos sociais. Nessa esteira, é possível posicionar a discussão acerca da concretização das

<sup>13</sup> GUEDES, Jefferson Carlos Carús; PINTO, Henrique Alves. *Decisões Estruturais: Vetores de implementação de políticas públicas*. 2019.

<sup>14</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. Método Editora, 2006.

<sup>15</sup> Nesse sentido, destaque-se COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, Katya. *O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS: DEFININDO A AGENDA OU IMPLEMENTANDO AS SOLUÇÕES?*. Revista da AJURIS, v. 40, n. 130, p. 373-394, 2013.

políticas públicas versadas em direitos sociais pela via jurisdicional.

É possível exercer uma apropriação da hermenêutica desenvolvida nas/pelas decisões estruturais como mais uma forma de atuação jurisdicional vinculada (em observância à vedação ao *non liquet*). O exercício pode se dar pelo suprimento da ausência de regras (via mecanismos de integração), ou pela extração da carga semântica indeterminada que pocoa parcela significativa das normas jurídicas.

Disto resulta a observação de que o resultado da atividade judicante, quanto se opera na toada da materialização de direitos sociais atrelados a políticas públicas, encontra nas decisões estruturais, no plano teórico, campo fértil.

## CONCLUSÕES

Como se pode perceber, há reclames para investigar a consecução de descritores e paradigmas para o emprego e reprodução das decisões estruturais (ou estruturantes) para o mister de cumprir o objeto da presente síntese – dos direitos sociais.

Verifica-se que a litigância marcada por interesses públicos empresta supedâneo ao controle jurisdicional das ações públicas no Brasil, de sorte que é possível anotar que as decisões estruturantes se situam no campo da análise das leis e políticas públicas, eis que representam uma expansão da atuação judicial na interação com os demais Poderes (Executivo, Legislativo).

Desenvolver uma (ou algumas) abordagem(ns) da decisão estrutural (ou estruturante), como mecanismo de concretização de direitos e, nesta esteira, de promoção do desenvolvimento, é a proposta que se entabula, a elucidar resultados que apontem para a segurança jurídica e à razoável estabilidade institucional.

É necessário ponderar e analisar a relação entre direito e política pública, a partir das funções usualmente assumidas pelo Direito, por meio das decisões estruturais, com o fito de emprestar aplicabilidade prática às normas definidoras de direitos sociais em face do processo natural de desenvolvimento.

O Direito, e o campo da Decisão Judicial se vocacionam a desempenhar, nesse cotejo, a função de instrumento de interpretação das normas, atentos ao rol de elementos que integram a ação estatal, das políticas públicas, do diálogo institucional, sempre construtivo e voltado para o desenvolvimento.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AINSWORTH, Scott H. Analyzing interest groups: group influence on people and policies. New York e London: W.W. Norton & Company. 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. RePro – Revista de Processo, São Paulo, v. 225, p. 389-410, 2013.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania e democracia. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, p. 5-16, 1994.

CALSAMIGLIA, Albert. Sobre la dogmática jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico. 1982.

CHEVALLIER, Jacques. O Estado pós-moderno. Fórum, 2009.

COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, Katya. O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS: DEFININDO A AGENDA OU IMPLEMENTANDO AS SOLUÇÕES? Revista da AJURIS, v. 40, n. 130, p. 373-394, 2013.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: Política Pública como Campo Disciplinar. São Paulo, 2014.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. Civil procedure review, v. 8, n. 1, p. 46-64, 2017.

DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. Método Editora, 2006.

FRANCISCO, José Carlos. BUSCA POR ALTERNATIVAS A JUDICIALIZAÇÃO E POSSIBILIDADES. In: NASCIMENTO, Salette et alii. ARBITRAGEM EM GERAL E EM DIREITO TRIBUTÁRIO SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

GUEDES, Jefferson Carlos Carús; PINTO, Henrique Alves. Decisões Estruturais: Vetores de implementação de políticas públicas. 2019.

## OS AVATARES IDEOLÓGICOS DO ENSINO JURÍDICO – MACROFILOSOFIA E CRÍTICA DA EDUCAÇÃO JURÍDICA



### Luiz Fernando Coelho<sup>1</sup>

Inspirado no filme "Avatar", o artigo traça um paralelo entre a ficção cinematográfica e o imaginário jurídico transmitido através do ensino acadêmico. As concepções filosóficas referentes ao conceito, valores, racionalidade e política do direito são concebidas como avatares no sentido extraído da religião hinduísta, e constituem objeto de uma crítica pedagógica e epistemológica. A transfiguração das crenças jurídico-políticas em seres míticos articula-se com as noções de sacralização das instituições e carnavalização das práticas pedagógicas dos cursos jurídicos. A análise crítica reconhece que o saber jurídico as constrói doutrinariamente e as utiliza como instrumentos para infirmar objetivos ideológicos relacionados com a manutenção e reprodução das estruturas sociais e fortalecimento do poder político.

**Palavras-chave:** direito, política, ideologia, ensino, imaginário.

---

<sup>1</sup> Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro fundador da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Membro emérito da Associação Brasileira de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito (ABRAFI), seção brasileira da Internationale Vereinigung für Rechts- Und Sozialphilosophie (IVR). Professor "honoris causa" da Faculdade CESUSC - Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina. Doutor em Ciências Humanas e Livre-Docente de Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor aposentado da Universidade Federal do Paraná. Professor do Centro de Ensino Superior CESUL de Francisco Beltrão.

## THE IDEOLOGICAL AVATARS OF LEGAL EDUCATION – MACROPHILOSOPHY AND CRITICISM OF LEGAL EDUCATION

Inspired by the movie "Avatar", the article draws a parallel between cinematographic fiction and the legal imaginary transmitted through academic teaching. Philosophical conceptions referring to the concept, values, rationality and politics of law are conceived as avatars in the sense extracted from the Hindu religion, and constitute the object of a pedagogical and epistemological critique. The transfiguration of legal-political beliefs into mythical beings is articulated with the notions of sacralization of institutions and carnivalization of pedagogical practices in legal courses. Critical analysis recognizes that legal knowledge constructs them doctrinally and uses them as instruments to undermine ideological objectives related to the maintenance and reproduction of social structures and the strengthening of political power.

**Keywords:** law, politics, ideology, teaching, imaginary.

## 1 IDEOLOGIA, INTENCIONALIDADE E AVATARES DA JURIDICIDADE

O estudo a seguir em homenagem ao Ministro do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, Professor Doutor Luis Edson Fachin, pretende reunir apontamentos selecionados em duas palestras que proferi sobre o ensino do direito. A primeira, intitulada "A Crítica da Ideologia Jurídica na Formação Acadêmica", foi proferida em Belo Horizonte, quando da fundação da Associação Brasileira de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito – ABRAFI – em 23 de abril de 2002. A segunda, "A Crítica do Direito na Contemporaneidade", foi apresentada no dia 13 de fevereiro de 2014, em Brasília, em evento comemorativo dos 25 anos de instalação do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Além da honra que significa a participação em obra jurídica tão relevante, abre-se a oportunidade de sistematizar teses já discutidas, todavia renovadas com aportes originais, especialmente no que diz respeito à temática indicada no título.

Em vista dos trágicos acontecimentos neste início do terceiro milênio, com a persistência de problemas que afetam toda a humanidade, tais como as ameaças do terrorismo internacional, a migração de populações inteiras para fugir da fome, do desemprego e das guerras e a pandemia da COVID-19, cujas consequências estão ainda por ser avaliadas, é possível acreditar que estamos no limiar de grandes transformações, o que certamente repercute nas instituições e no modo como as vivenciamos. Daí a indagação inicial, que deve conduzir as reflexões a seguir: no futuro que ora se vislumbra, terá o direito mantido as características ontológicas a que estamos habituados? Que novas responsabilidades pesarão sobre os futuros profissionais? Que mudanças podem ocorrer em função das condições atuais do exercício da advocacia? Quanto ao ensino do direito, que papel terão os operadores encarregados da preparação dos futuros profissionais? Considerando que um dos poderes da República é exercido exclusivamente por bacharéis em Direito, são as nossas escolas aptas a formá-los?

O propósito de unificar teses já apresentadas está atrelado ao passado acadêmico, mas há outra motivação, tão presente quanto prosaica, a inspiração advinda de uma película cinematográfica, o premiado "Avatar" narrativa da experiência de seus personagens no ano de 2154, em dois mundos ao mesmo tempo, separados por 4,4 milhões de anos-luz.<sup>1</sup> Não vou dar

spoiler do filme, mas a referência às duas sociedades paralelas possibilita a comparação com dois contextos do direito,<sup>2</sup> um imaginário, construído pela teoria e transmitido através do ensino, e outro real, correspondente ao direito enquanto experiência concreta.

A escolha de uma narrativa ficcional para ilustrar o texto responde ao desiderato de ingressar nas investigações sobre direito e literatura: estudar as formas de narrativa na teoria jurídica e na práxis judicial, sua importância para a hermenêutica, e o histórico das que subsidiaram a construção de convicções hoje integrantes da sabedoria jurídica universal, é objetivo que demonstra a relevância do assunto.

O texto a seguir procede a uma análise de conceitos básicos geralmente aceitos em Teoria Geral do Direito e do Estado e sua projeção no ensino acadêmico. É um ensaio de ontologia jurídica e política, portanto, mas também uma narrativa destinada a levantar controvérsias e reflexões.

Na base deste estudo radica uma postura intelectual definida como "crítica", palavra que nos anos 80 aludia às situações de "crise" em todos os espaços da vida social. A crise do direito era um dos temas mais recorrentes, no sentido indicado por Orlando Gomes,<sup>3</sup> referindo-se ao permanente anacronismo das instituições, incapazes de acompanhar a dinâmica histórico-social do direito.<sup>4</sup> Mas após a constitucionalização dos direitos humanos ditos de segunda geração – direitos sociais – a crítica social estendeu-se ao direito e imprimiu-lhe um sentido epistemológico que veio a subsidiar a teoria crítica do direito. Este é o viés que passa a prevalecer nesta crítica à educação jurídica.

Mas a crítica é fundamentalmente um modo de conhecimento e lida, portanto, com formas a priori de pensamento, denominadas "categorias", tradicionalmente divididas em dois tipos: formais, segundo a concepção estabelecida por Kant, e reais, engendradas a partir da fenomenologia de Husserl. Mas em se tratando do social suscitou-se um tipo alternativo, a que denominei "categorias críticas" conceitos elaborados para atuarem como instrumentos do saber, expressadas como sociedade, ideologia, alienação e práxis; mas também poder, hegemonia, legitimação, trabalho, liberdade, direitos humanos e democracia. Ao estabelecer-lhes conteúdos significativos não se está acorrentando a nenhum critério semântico, pois não passam de universais cujos sentidos são produzidos para

<sup>1</sup> AVATAR – filme produzido em 2009 pela 20th Century Fox, dirigido por James Cameron.

<sup>2</sup> Emprego a palavra "Direito" com a inicial maiúscula para identificar os estudos científicos do direito e o nome dos respectivos cursos e faculdades. A grafia em minúscula simboliza

o direito como fato da experiência social, inclusive na acepção subjetiva.

<sup>3</sup> GOMES, Orlando. A Crise do Direito. São Paulo, 1955.

<sup>4</sup> CARVALHO, Joaquim de. Prefácio a E. Husserl, A Filosofia como ciência de rigor. Trad. Albin Beau, 2. ed. Coimbra: Atlântida, LIII-LIVI



instrumentalizar o cumprimento do compromisso essencial do pensamento crítico, a verdade.

Entre todas, merece destaque especial o conceito de ideologia, a autorrepresentação da sociedade e seu entorno, alcance que a distingue das ideologias racionais, crenças religiosas, políticas, filosóficas e outras a que os indivíduos estão vinculados por uma adesão consciente.

Além de fato da experiência coletiva, a ideologia é também forma de conhecimento, e nesta condição caracteriza-se por uma intersubjetividade comunicacional correspondente ao conceito fenomenológico de intencionalidade. Para Husserl, o objeto de conhecimento é correlato intencional da consciência cognitiva,<sup>5</sup> que se projeta como união das subjetividades individuais em torno de ideias que aos poucos se generalizam, configurando o que tem sido analisado como inconsciente coletivo.<sup>6</sup>

Quando articulada com o poder, outro fator da vida comunitária, a intencionalidade converge para a ideologia, manipulada por indivíduos e grupos através dos meios de comunicação cada vez mais aperfeiçoados e, principalmente, da educação. O resultado prático é a aceitação da ordem social vigente pela maior parte da população, tudo voltado para a manutenção e reprodução da ordem social no interesse dos que dela se beneficiam.

A imagem ideológica da sociedade envolve um conjunto de crenças profundamente arraigadas no imaginário popular, que singularizam uma forma de normatividade que, embora coercitivamente imposta, deve ser por todos aceita em função de características próprias e, principalmente, de suas virtudes. A missão de apresentá-las, as crenças, as características e as virtudes, cabe aos cursos de Direito, os quais estão ideologicamente programados para formar profissionais treinados para o cumprimento das leis, interpretá-las e aplicá-las de acordo com os interesses de grupos sociais que detêm a maior parcela de poder.

O detalhamento destas crenças extravasa os limites deste artigo, todavia, o conhecimento de algumas é necessário para a compreensão do alcance ideológico do ensino jurídico, pois delas dimana toda a estrutura doutrinária construída desde a modernidade sobre os fundamentos ontológicos, lógico-metodológicos e epistemológicos das instituições jurídicas e políticas. Nada obstante, salvo a disciplina de Filosofia do Direito, a maioria das matérias de

legislação deles não se dá conta. Eu as equiparo aos avatares, no sentido da palavra no hinduísmo.<sup>7</sup> Na narrativa que apresento, os avatares surgem da transfiguração dos institutos engendrados ao sabor das doutrinas jurídicas e políticas, e podem ser equiparados às formas do platonismo, aos universais da metafísica medieval e ao espírito universal do idealismo hegeliano. São pressupostos ideológicos que concebem o direito como entidade ontologicamente autônoma, intrinsecamente justa e objetivamente racional, atributos que se estendem ao Estado.

São quatro, portanto, os seres imaginários que a ideologia oferece: três dizem respeito ao direito, o avatar ontológico, o axiológico e o racional; o quarto é o avatar político, o Estado.

## 2 O AVATAR ONTOLÓGICO

O avatar ontológico é a transfiguração das duas expressões mais transparentes do fenômeno jurídico, a normatividade e a instituição, entendida como ideia que se realiza e mantém juridicamente no meio social.<sup>8</sup> Esta configuração infirma a realidade existencial de algo imaginário, mas supostamente dotado de unidade estrutural, tido por princípio e fundamento da facticidade do que existe fora da consciência e critério de verdade para as características essenciais da juridicidade. Sobre estas, existe controvérsia quanto à região ôntica do direito, e teorias as mais diversas o situam na natureza, na idealidade dos conceitos lógicos e matemáticos, no mundo da cultura ou ainda na transcendentalidade religiosa ou o metafísica. Estas concepções refletem-se na metodonomologia hermenêutica quando se trata de interpretar e aplicar as regras positivas.

É a questão ontológica basilar da filosofia do direito, que espelha a oposição entre jusnaturalismo e juspositivismo, idealismo e empirismo, culturalismo e utilitarismo, teorizações que não se esgotam no exame dos distintos momentos do ser, mas que se estendem à relação entre a normatividade jurídica e seus destinatários, as pessoas reais.

Na indagação sobre a essência universal do direito impõe-se a distinção estabelecida por Hartmann entre objetualidade e essencialidade, o que suscita o paradoxo da possível incongruência entre um conceito objetivamente considerado e o ente

<sup>5</sup> HUSSERL, Edmund Investigações Lógicas, trad. Zelyko Loparic e André M. C. Loparic, 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, col. «Os Pensadores», 1985. Ver texto introdutório de Marilena de Souza Chauí.

<sup>6</sup> JUNG, Carl Gustav. Os arquétipos e o inconsciente coletivo, trad. de Maria Luiza Appy e outros, Petrópolis: Vozes, 2016.

<sup>7</sup> Avatar provém do sânscrito, "avatāra", com o significado no hinduísmo de manifestação terrena de uma divindade ou demônio.

Também equivale a "encarnação" em outras religiões e, na linguagem informática, é a representação de uma pessoa na internet.

<sup>8</sup> HAURIU, Maurice. Teoria dell'istituzione e della fondazione, trad. de Cesarini Sforza, Milão, 1931. Tb. DELOS, J. T. «La Théorie de l'Institution», in Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, 1931, 97.

ontologicamente autônomo ao qual se refere.<sup>9</sup> O paradoxo fica mais patente na indagação sobre os critérios de verdade dos enunciados linguísticos que expressam o direito na forma de leis e princípios,<sup>10</sup> não sendo preciso confiná-los a uma objetividade cognoscitiva, pois a verdade jurídica extraída dos mesmos no momento de sua aplicação não é necessariamente a verdade universal do direito.

A distinção entre direito como objeto e como essência está subentendida na separação estabelecida por Kelsen entre normas e proposições jurídicas,<sup>11</sup> do mesmo modo que na distinção entre linguagem jurídica e sua metalinguagem. Donde a condição ideologicamente atribuída ao direito, a de um ente cujo ser se reveste de singularidade que o distingue no universo das regiões do ser, inconfundível com suas expressões normativas.

Nada obstante, admitindo-se que o social seja portador de uma essência, esta identifica seu horizonte interno como algo que se apresenta como objeto. Mas além do horizonte interno, o conhecimento atinge seu horizonte externo, a abrangência de seu significado em função das circunstâncias *hic et nunc*. À proporção que estas são determinadas pelo sujeito no encontro entre as condições subjetivas do cognoscente e as características ontológicas que emanam do objeto, este não será portador de significado autônomo, como algo que dele sai e o qual a mente acessa, mas heterônomo, porque atribuído ou influenciado pelo sujeito, e este pelo seu entorno ambiental e comunitário.

Ao tratar-se do social, bem como das regras da moralidade e da juridicidade que o integram como expressões comunicativas, mesmo o significado essencial resulta heterônomo, pois não existe essência prévia do social, como não existe essência anterior do jurídico; é o sujeito quem as constrói, edificação que ocorre no plano concreto mediante a participação do sujeito em seu objeto pelo próprio ato de conhecer, e no conceptual por meio da elaboração teórica na conformação de um paradigma de saber racionalmente escolhido. É uma dinâmica que se apresenta como atividade empírica a revelar o real e suas variáveis, bem como as relações manifestas por induções, deduções e intuições; uma organização de ações a revelar uma objetividade, não como a priori universal, à moda do platonismo, mas situado,

imamente ao objeto, todavia passível de apreensão pela consciência, e também de transformação em consequência da relação sujeito/objeto, a qual não traduz um pensamento abstrato, mas uma vivência.

Ao infirmar esta ideologia, a educação jurídica corrobora uma falácia, pois o direito não tem um ser em si que se possa considerar objetivamente, não se forma por si em virtude de potencialidade ontológica, mas é permanentemente constituído pela experiência à medida que se problematizam os conflitos sociais e respectivas soluções normativas. Razão assiste a Castanheira Neves, ao asseverar que o direito é resultado de uma poiesis normativo-constitutiva, cujo referencial de validade é a evidência de uma historicidade autônoma e condicionada:<sup>12</sup> é o *factum* da experiência imediata que se objetiva em padrões estandardizados de comportamentos.<sup>13</sup> O direito é atualidade, não *factum*, mas *feri*, possibilidade a determinar, transcendens de uma validade a predicar, problema a resolver. Não é realidade objetiva, mas objetivo para uma realidade".<sup>14</sup>

O avatar ontológico é a transfiguração de um ser que não existe como real, mas que pode ser pensado como experiência presente que constrói o futuro.

### 3 O AVATAR AXIOLÓGICO

Os objetos do conhecimento, não importando sua materialidade ou idealidade, são passíveis da incidência de valores, os quais se polarizam em sentido positivo ou negativo. Tendo em vista essa polaridade, a ideologia não se limita a estabelecer a objetividade ontológica do ser jurídico, também lhe atribui uma qualidade positiva.

Lembrando que os avatares podem ser deuses ou demônios, não é preciso muita elucubração para dizer que o direito é o anjo da guarda da sociedade, seu bom avatar. É um pressuposto que omite os valores negativos da experiência histórica, quiçá presentes, como a escravidão, o despotismo e o desprezo pelos direitos humanos, para enfatizar seu correspondente positivo; e assim o direito é *ars boni et aequi*, identificado na justiça, no bem comum, na igualdade, na liberdade, que são os valores históricos do liberalismo.

<sup>9</sup> HARTMANN, Nicolai. *Ontologia*, México: Fondo de Cultura Económica, 1905, 189.

<sup>10</sup> DWORKIN, Ronald. *Is Law a System of Rules?* In DWORKIN, R. M. (editor) et al. *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 38 e ss. Tb. CHUEIRI, Vera Karam de. *A Filosofia Jurídica e Modernidade*. Ronald Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM editores, 1995.

<sup>11</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 2. ed., trad. João Baptista Machado, Coimbra: Arménio Amado, 1962, 137 e s.

<sup>12</sup> NEVES, António Castanheira. «Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito — ou as condições da emergência do direito como direito», in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, Coimbra: Almedina, 2002, 839.

<sup>13</sup> BRONZE, Fernando José. *Lições de Introdução ao Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 120.

<sup>14</sup> NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto — Questão-de-direito, ou o Problema Metodológico da Juridicidade* (Ensaio de uma reposição crítica), 1. ed., Coimbra: Almedina, 1967, p. 41.

O direito é tido como mínimo ético,<sup>15</sup> arte do bom e equitativo - *ars boni et aequi* - e vontade constante e perpétua de atribuir a cada um o que é seu - *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*-. E os preceitos jurídicos - *praecepta iuris*- de Ulpiano o definem como regras morais: viver honestamente - *honeste vivere* -, não lesar o outro - *alterum non laedere*- e atribuir a cada um o que é seu - *suum cuique tribuere* -.

A educação jurídica, apegada ao dogmatismo exegético e ao culto à lei, não consegue vislumbrar e muito menos transmitir que a bondade essencial do direito não passa de artifício retórico para sua imposição ao consenso da macrosociedade, e que seu caráter ético está na dependência de seu uso como instrumento de controle social. Mas para obter o consenso com um mínimo tolerável de dissenso, interessa a ocultação dos aspectos perversos, o uso das leis para semear o ódio, a discórdia e o desejo de vingança, que em nome dos nobres valores que dignificam o avatar da juridicidade são cometidos os crimes mais hediondos contra a humanidade.

A distância que vai da teoria jurídica à sua prática configura autêntica aporia, beco sem saída, a mesma que Nietzsche suscitara em relação à moralidade, ao afirmar que esta não passa de interpretação moral de fenômenos da existência.<sup>16</sup> Nesta perspectiva, pode-se asseverar o direito não passa de modo de interpretar fatos da vida, e que tal compreensão conduz à noção otimista de que o direito é uma ordem voltada para que todos sejam felizes. É o sentido que levou Miguel Reale a definir o direito como ordem na procura do bem,<sup>17</sup> Ronald Dworkin a postular a integridade da ordem jurídica como virtude social a impor a todos que levem os direitos a sério,<sup>18</sup> e John Rawls a referir-se à *well ordered society* como comunidade ideal.

Os valores sociais do direito, como justiça, paz, segurança, ordem, cooperação etc., e outros engendrados pelas ideologias racionais, como democracia, progresso, desenvolvimento e modernidade, devem ser encarados em função de seu contexto histórico do grau de intensidade da manipulação de que são objeto. À afirmação da neutralidade ideológica, a educação jurídica deve opor a evidência da operosidade ideológica dos valores, enfatizando que eles integram a essência da juridicidade e interferem na conduta dos cidadãos. O que deve ser esclarecido é que em todas as expressões normativas e decisórias do direito estão

compreendidos os grandes valores multilaterais, como a segurança, a ordem, a paz e a justiça, os quais incidem sobre as normas e as instituições. O direito, sem deixar de ser direito, pode ser utilizado tanto para o bem quanto para o mal, e a prevalência de um ou de outro depende do grau de alienação da sociedade por ele regida. No plano individual, a opção entre a positividade e a negatividade é uma escolha racional que depende do caráter de quem escolhe. Como disse o poeta luso-brasileiro Sidónio Muralha: "se caráter custa caro pago o preço".<sup>19</sup>

#### 4 O AVATAR RACIONAL

A analítica ontológica revelou os dois aspectos determinantes da configuração ideológica do direito, sua essencialidade e característica axiológica positiva, ambas fundamentais para a respectiva legitimação perante a sociedade. Mas há um terceiro fator, a atribuição ao jurídico de uma racionalidade que se manifesta nas teorizações que o concebem como norma, ordenamento e decisão, elaboradas a partir de sua pretensa sistemicidade analítica. A primeira asserção sobre a racionalidade é a afirmação do caráter científico dos estudos jurídicos, a segunda é a projeção desta cientificidade nos objetos a que se referem.

Desde que no contexto do Iluminismo se atribuiu à racionalidade o papel de instrumento para superar o obscurantismo medievo, assumiu relevância o problema das formas que a razão assume para a consecução de objetivos específicos. Ainda que anterior a Kant, a polêmica adquire maior relevância a partir de seus critérios de distinção entre a razão pura teórica e a razão prática, os quais não levavam em conta as atividades da consciência não redutíveis à pura racionalidade, nem as condições ambientais e sociais exteriores que interferiam no uso da razão.

<sup>15</sup> JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Trad. Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000 (Política y Derecho).

<sup>16</sup> NIETZSCHE, Friedrich. Genealogia da Moral: uma polêmica, trad. Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

<sup>17</sup> REALE, Miguel. Fundamentos do Direito, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais e Universidade de São Paulo, 1972.

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

<sup>19</sup> MURALHA, Sidónio. Obras Completas do Poeta. Lisboa: Universitária, 2002, p. 200

Tal enfoque começa a mudar com a crítica de Schopenhauer ao conceito kantiano de razão prática, particularmente com referência à moralidade. Kant concebera a razão prática dentro do mesmo purismo gnoseológico com que tratara a razão especulativa, ou seja, como estrutura a priori encarregada de fornecer os princípios para a tomada das decisões. Daí o conceito de imperativo categórico, que o filósofo de Königsberg apresenta como fundamento apriorístico da moral e do direito.<sup>20</sup>

Schopenhauer, porém, ponderou que a finalidade das ações não é critério exclusivo, eis que a razão prática se refere a todas as ações humanas, inclusive as decorrentes de motivações que possam ser tidas por irracionais, cujo móvel não é a razão, mas a vontade. Se o caráter racional de um conhecimento, atitude ou ação concreta não pode ser negado, ainda que discutível, a vontade pode sê-lo à vista dos objetivos que levam o indivíduo a desejá-los ou não. Os motivos para a negação da vontade não estão atrelados a uma intenção ou sentimento de dever, mas emana de um contato imediato da interioridade do homem com sua realidade externa.<sup>21</sup> E assim, a racionalidade adequada a esse tipo de decisão tem outra forma, que o filósofo denomina ético-mística.

Avulta então o papel da imaginação, que não constitui condição prévia e imanente à consciência somente, mas é fruto das condições exteriores que interferem na intersubjetividade. Donde a formação de um tipo de racionalidade que Max Weber nominou como substantiva, distinta da meramente formal ou teórica, que Mannheim concebeu como voltada para a compreensão da realidade e busca da liberdade, distinta da racionalidade funcional, voltada para os fins a serem alcançados.

Estes autores conceberam a racionalidade dentro de seus respectivos contextos sociais, cabendo a pergunta se suas noções permanecem na sociedade contemporânea. Foi o que levou os juristas filósofos da Escola de Frankfurt a pesquisar como a racionalidade intersubjetiva poderia ser definida em face das condições diferenciadas da sociedade pós-moderna. Nesse diapasão, suscitou Marcuse a racionalidade tecnológica como instrumento de dominação,<sup>22</sup> e veio a subsidiar Habermas em sua teoria da razão comunicacional, em oposição à ideia de dominância pela razão, caminho para um modelo ideal de ação comunicativa instrumentalizada na linguagem e no consenso. Na atualidade surgem novos tipos de

racionalidade que ainda carecem de análise mais aprofundada. É uma forma que pode ser designada como digital ou algorítmica.

A teoria do direito pode alimentar-se das ciências particulares, mas o saber jurídico é uma retórica destinada ao convencimento a respeito do que se supõe verdadeiro. Deve-se levar em conta que o jurídico não antecede o conhecimento, não o descreve como objeto, mas o constitui permanentemente pelo próprio ato de conhecê-lo; o jurista cria e modifica o direito à medida que, em o conhecendo, o interpreta; afirma-se por isso o caráter problemático do saber jurídico, eis que seu objeto somente se constitui como um problema a ser solucionado e não como um objeto a ser descrito.<sup>29</sup>

Quanto à neutralidade, trata-se de pressuposto da concepção positivista de ciência, que recomenda cientista que não se deixe envolver por convicções pessoais em seu labor de investigação. Reforçado pelo princípio neopositivista da verificação,<sup>23</sup> o credo positivista exige que o saber não esteja contaminado por valorações. No caso do saber jurídico, além de impossibilidade epistêmica dessa neutralidade, já que o jurista é parte do objeto que descreve, não importando seu status profissional, é cidadão igual aos demais e *ipso facto* responsável pelos problemas enfrentados pela sociedade e possíveis soluções.

A racionalidade do direito veio a constituir o pressuposto ideológico mais expressivo da concepção dogmática. Mas não se trata da racionalidade conceitual que a doutrina jurídica projeta na experiência, mas de uma racionalidade objetiva, pela qual se entende que a ordem jurídica é racional em si mesma, característica a ser descoberta e revelada pela ciência do direito. É um atributo a mais do avatar ontológico, que induz ao predomínio dos métodos ditos rigorosos de interpretação das leis, quais sejam, a análise linguística e os procedimentos da lógica formal, estabelecendo liames analíticos entre princípios e regras, bem assim, entre normatividade e subsunção. E assim, a teoria do direito absorve o conceito analítico de sistema e vê-se como padrão técnico e funcional, articulação de elementos e coerência de formas.<sup>24</sup>

<sup>20</sup>. V. o texto da palestra sobre Kant, que proferi na Universidade de Coimbra, no dia 24 de fevereiro de 2014. V. COELHO, Luiz Fernando. A Fundamentação Metafísica da Moral e do Direito: Repensando o Imperativo Categórico. In Boletim da Faculdade de Direito. v. XV, Tomo I, Coimbra, 2014, p. 315/330.

<sup>21</sup>. SCHOPENHAUER, Arthur. Aforismos para a sabedoria de vida. Trad. Jair Barboza. São Paulo: VMF Martins Fontes, 2017.

<sup>22</sup>. MARCUSE, Herbert. A Ideologia da Sociedade Industrial. Trad. Giasone Relená, 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

<sup>29</sup>. FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Direito, retórica e comunicação. São Paulo: Saraiva, 1973.

<sup>23</sup>. FARREL, Martín Diego. La Metodología del Positivismo Lógico. Buenos Aires: Astra, 1976, cap. II. Tb. WARAT, Luís Alberto. O Direito e sua Linguagem, 2ª versão, Florianópolis: UFSC, 1983. Do mesmo autor, em colaboração com Albano M. B. Pêpe. Filosofia do Direito – uma introdução crítica, 1. ed. São Paulo: Editora Moderna, 1996.

<sup>24</sup>. SALDANHA, Nelson. Sociologia do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 140 s.

Dentro desta perspectiva, o direito não é somente norma racional, ele é um conjunto normativo organizado, um complexo lógico-formal dotado de completude, definido como ordem jurídica, da mesma forma vista como objetivamente racional nas articulações entre os elementos que a compõem, formando um sistema cujo critério é a coesão de suas normas singulares. A completude do sistema jurídico se expressa pelo princípio da plenitude, pelo qual se entende que a ordem jurídica não tem lacunas, porque envolve em si mesma os instrumentos para colmatar eventuais falhas na legislação.

O resultado mais expressivo dessa ideologia foi a construção de uma noção principiológica de constituição e ordenamento jurídico. Principiológica, porque constituída por princípios que pairam acima das demais normas jurídicas, as quais se relacionam com aquelas numa relação analítico-dedutiva. Aceita-se que a inserção na carta magna da nação de declarações relativas aos direitos básicos é garantia da efetividade de tais direitos.

Os princípios constitucionais são reconhecidos como valores superiores, em dada sociedade política, materializados e formalizados. Isso, não obstante, embora se conceda prevalência ao aspecto formal, normativo, conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado, a teoria constitucional tem assinalado seu aspecto sociológico, distinguindo entre constituição efetiva ou material, conjunto dos fatores reais de exercício do poder, e constituição formal, que não passa de enunciados linguísticos e outras formas de expressão. E Carl Schmitt enfatizou o lado político, definindo-a como decisão política fundamental do Estado e da nação.<sup>25</sup>

Tal conceito pressupõe uma racionalidade analítica que se objetiva ideologicamente na concepção piramidal, kelseniana. Entende-se que as normas jurídicas formam um sistema analítico encimado pela constituição, onde a lei escrita tem o primado sobre as demais fontes do direito, sendo considerada portadora de um significado autônomo que cabe ao intérprete descobrir e ao Estado aplicar na solução dos conflitos. Isso mediante a progressiva abstração de conteúdos outros que refletissem a concreta realidade a normatizar, o esvaziamento dos conteúdos valorativos do direito.

Mas a ideologia jurídica não se detém na alegada cientificidade do saber jurídico, pois incute a noção de que o direito é também racional em si mesmo, visto que se concretiza numa estrutura analítica como

norma, ordenamento e decisão. Embora pareça evidente que a racionalidade é uma característica subjetiva dos indivíduos e não das coisas materiais que eles criam, a ideologia apresenta o próprio ser jurídico como objetivamente racional, mais um atributo a reforçar a imagem do avatar da juridicidade.

Esta coisificação da razão jurídica pode ser compreendida a partir da noção de intencionalidade referida no item inicial. Consoante expõe Husserl, é um processo envolvendo dois fatores que se dialetizam, noema e noese (noesis). O primeiro são os dados que defluem do objeto, e deles dimana um significado decorrente de sua essência e circunstância envolvente. O segundo é o aspecto subjetivo da atribuição de significados, compreendendo todas as atitudes que interferem na apreensão intelectual dos noemas, a cognição através da percepção, imaginação, ideologias racionais ou psicossociais, vivências místicas e religiosas, bem como o próprio saber como atitude consciente direcionada ao que se postula como verdadeiro.<sup>26</sup> A racionalidade pode então ser vista como propriedade noemática do direito, o que reforça a ideia de sua transfiguração ficcional.

Quando a racionalidade é circunscrita ao pensamento jurídico, a análise das formas de razão vincula-se ao problema metodológico do acesso e assimilação da normatividade especificamente jurídica, revelada nos parâmetros normativos dos juízos decididos. Essa atitude exige a constituição de instrumentos específicos de avaliação da interpretação jurídica nas suas dimensões de pressupostos intencionais, cuja racionalidade é apontada por Fernando Bronze segundo três critérios: as valorações como razão fundamentante, objetivos pragmáticos como razão finalística e a articulação de formas comportamentais, para atenuar a complexidade inerente ao sistema jurídico, uma racionalidade sistêmica.<sup>27</sup> O alcance dessa metodologia é a afirmação da autonomia do direito também no campo lógico-metodológico, sem necessidade de buscar os fundamentos da decisão em outros domínios culturais.

Não obstante, se tivermos em mente a ideia de racionalidade sistêmica fulcrada na concepção luhmanniana da sociedade complexa,<sup>28</sup> poder-se-ia objetar que a complexidade do jurídico induz à sua desconstrução como ontologicamente autônomo. Para responder a esta questão, releva a separação inicial entre objetualidade e essencialidade, pois a metodologia a que se refere Bronze diz respeito ao momento existencial consubstanciado no juízo

<sup>25</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 10.

<sup>26</sup> CARVALHO, Joaquim de. Prefácio a E. Husserl, A Filosofia como ciência de rigor, trad. de Albin Beau, 2. ed., Coimbra: Atlântida Editora, LIII-LIV.

<sup>27</sup> BRONZE, Fernando. A metodonomologia entre a semelhança e a diferença (Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

<sup>28</sup> LUHMANN, Niklas. Ilustración Sociológica y otros ensayos. trad. de H. A. Murena, Buenos Aires: SUR, 1973. Tb. La Differenziazione del Diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto. Trad. de R. de Giorg e M. Silbemagi, Bolonha: Mulino Spa, 1990.

decisório, e não à aproximação intelectual ao fenômeno objetivado mediante fundamentos e critérios. É justamente esta aproximação que induz a autonomização do direito, como forma de pensar que se incorpora ao ente ontologicamente autônomo em que a ideologia o transformou, seu avatar.

Trata-se portanto de uma racionalidade ontológica que impregna o avatar hipostasiado do ente jurídico-político e sustenta outras, a da cientificidade do conhecimento jurídico, o entendimento da ordem jurídica como pirâmide analítica normativa, a racionalidade das decisões judiciais através do procedimento lógico da subsunção e, finalmente, sustenta o pressuposto da neutralidade do Estado e do próprio ordenamento jurídico.

Outro corolário do pressuposto da racionalidade ontológica é o princípio da plenitude do ordenamento jurídico.

O sistema jurídico só pode ser objetivamente considerado como contexto interdisciplinar, onde se articulam os vários subsistemas sociais, os quais são estudados como instituições políticas, econômicas, profissionais, sindicais, associativas, familiares etc. Ele não forma um sistema fechado e coerente, ele está cheio de normas contraditórias, sob a forma de regras ilegais, inconstitucionais, mas eficazes, porque impostas pela autoridade., ou seja, o sistema jurídico está integrado nos demais microssistemas sociais e é com eles permanentemente articulado. Por isso, a ordem jurídica contém lacunas, inclusive intencionais, que o digam os criminosos de colarinho branco e os políticos e autoridades corruptos que saqueiam o país sob a proteção das leis do Estado.

O direito não é racional, ele é emocional, intuitivo, prático. A racionalidade do direito é um mito, pois a forma ou aparência de racionalidade é somente um meio de legitimar o direito e as decisões jurídicas. Na verdade, o direito não pode desligar-se de seus operadores, os quais lhe incutem elementos de irracionalidade quando objetivam, através das regras e decisões, suas crenças, emoções, valores e sentimentos.

## 5 O AVATAR POLÍTICO

O derradeiro fator a consolidar a imagem ideológica do direito como algo em si é a transformação do Estado em um ser igualmente imaginário, acima da sociedade, voltado para o bem comum e supostamente real; em tais condições, ele integra o avatar ontológico em plano idêntico ao dos avatares axiológico e racional.

Sua configuração inicial é a figura do Leviatã, o monstro marinho de que fala o livro de Jó, utilizado por Hobbes para simbolizar o Estado e tendo por referencial a Europa do século XVI; neste lugar fictício, o soberano, mesmo sendo iníquo, é a própria encarnação da justiça, pois o intuito hobbesiano não foi a descrição de uma entidade violenta que, em estado selvagem, justificasse o pacto social, pois mais importante no Leviatã é o plano axiológico em que se considera o Estado, princípio da desigualdade entre os homens; e a ordem social, centrada na propriedade, não é decorrência da natureza original do ser humano, mas dádiva do soberano..

Essa ligação do Estado com a desigualdade correspondeu ao ambiente da Europa seiscentista, porém, no cenário da Inglaterra do século 17, que se estendia às florescentes colônias americanas, os interesses da nobreza fundiária impunham a ligação do Estado com a ideia liberdade. Os teóricos posteriores a Hobbes são apresentados como construtores de uma teoria da limitação dos poderes do Estado, mas o que na realidade fizeram foi legitimar o princípio da soberania, deixá-la derivar, não da vontade do soberano *tout court*, como em Hobbes e Luís XIV, mas de entidades metafísicas como a onipotência divina, uma natureza humana imutável, o direito natural, a sociedade abstrata, a *volonté générale*, o Volksgeist, a vontade do povo.

Enquanto na Inglaterra Sir Robert Filmer ressuscitava a vetusta teoria do poder divino dos reis e John Locke embasava os fundamentos do pacto social nos direitos naturais de subsistência e propriedade, na Europa continental Jean Bodin assentava os limites da soberania no direito natural, na tradição e no direito das gentes, Bossuet, De Maistre e De Bonald retomavam no plano metafísico as antigas doutrinas teológicas que viam a gênese do Estado em um direito divino sobrenatural ou providencial.

Eram os avatares da época, cujas pinceladas modernistas eram dadas por Montesquieu, ao assentar as bases teóricas do Estado moderno pós-iluminista, definir com nitidez suas funções e concebê-las de forma a exercer o mútuo controle.<sup>29</sup> Em Rousseau, finalmente, o Estado fica sendo corpo social em que se concretiza a vontade comum, a *volonté générale* que se expressa pela lei, mas que respeita a liberdade e a igualdade política. É a nova feição do avatar, que pode ser concebido como democrático, mas que não reconhece nenhum poder superior ao seu e nenhum direito que não suas próprias leis.

<sup>29</sup> MONTESQUIEU, Charles L. S. Baron de la Brède et de. O Espírito das Leis. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, col. "Os Pensadores", 1985.

Com efeito, em Rousseau pode-se detectar a construção do Estado metafísico, tendo em vista que ocorre a substituição da vontade real do soberano, cifrada *no l'État c'est moi* de Luís XIV, pela vontade metafísica do Estado. E com esta constrói-se paralelamente a metafísica da liberdade, entendida como o direito natural abstrato de agir na conformidade das leis estatais. Essa noção está igualmente presente em Kant, como princípio subjetivo expresso no imperativo categórico da liberdade, que também é limite e fundamento da soberania, desde que a regra das ações externas esteja desvinculada dos motivos do agir.

O apogeu desse processo de substituição da vontade real do soberano pela vontade metafísica do Estado é Hegel, para quem o avatar retorna ao seu lugar de origem, mas já desprovido de concreticidade. O espaço político hegeliano é o lugar da máxima realização do espírito objetivo que, para levar a cabo seu desiderato de autoconsciência, é também o palco de realização da autonomia individual; em Hegel, a liberdade consiste na consciência que o povo só adquire no Estado.

O pensamento dominante no século XVIII havia acolhido uma concepção individualista de liberdade, proveniente da tradição jusnaturalista, que a entendia como autodeterminação subjetiva. Mas Hegel, ao situar o Estado como recinto de realização da liberdade, tornou-a objetiva na medida em que o Estado era reificado. Ademais, deslocou o centro epistemológico de sua teorização, direcionada para um objeto que, de constituído pelas relações entre o Estado e os cidadãos, passa para o Estado em si como entidade real que é ao mesmo tempo racional; e assim, a legitimidade do avatar, que radicava na natureza dessas relações, nas garantias da ordem e segurança, passa a apoiar-se na atividade própria e independente que se manifesta por meio da lei e do governo. E o Estado volta a ser ilimitado, não porque as vontades reais que o constituem sejam infinitas, mas porque sua completa irresponsabilidade e seu poder sem limites são uma necessidade ontológica, exigência inexorável de sua plena realização. E assim, a doutrina hegeliana da soberania completa o ciclo histórico de afirmação doutrinária da organização social burguesa, a qual vai consolidar-se no século 19. Mas seu alcance foi muito além, e chegou ao século XX como fundamentação metafísica dos totalitarismos apregoados pelas ideologias racionais negadoras da dignidade da pessoa humana, nazismo e fascismo.

Nesse plano da inculcação do Estado como pressuposto do direito, prospera paralelamente uma postura filosófica que procura arrancá-lo de seu contexto histórico-social para alçá-lo a uma condição de a-historicidade: o Estado como símbolo da dominação real sai de seu casulo para coisificar-se no imaginário metafísico que o legitima, para depois

retomar sua própria ideia como algo real em seu Dasein, sem necessidade de legitimação heterônoma. É o avatar ontopolítico a instituir-se como Estado totalitário, legítimo por si mesmo e triunfante na ocupação de todos os espaços normativos da sociedade.

O Estado é, portanto, o pressuposto basilar de toda essa mitologia, considerado o criador do direito ou cooptador das regras de conduta pertencentes a ordens normativas tidas por não jurídicas. O ensino jurídico, que também prepara políticos, administradores, contabilistas e cientistas sociais, o apresentado como ente real e transparente, uma essência não histórica que sempre existiu, embora revestida de formas históricas variáveis. É o que está implícito no adágio *ubi societas ibi ius*, que a filosofia política explica como um dito além e acima dessas aparências temporais. E o caráter transitório das organizações sociais reais serve para justificar as tiranias, consideradas anomalias que não comprometem o Estado mitológico, o avatar definido desde Platão como entidade ideal que se reflete nos Estados históricos. Nos manuais destinados aos estudantes, o avatar político é o ente que representa a nação, o povo e a sociedade, orientado para o bem comum, para a proteção dos fracos e oprimidos, para fazer as leis e administrar a justiça.

Os manuais refletem o atraso da filosofia política, que continua subordinada ao conceito positivista da objetividade científica. Partem da falsa evidência de que o Estado a antecede como objeto e cujas características essenciais determinam a correspondência semântica entre seu próprio ser e o saber que sobre ele se constrói; e quando verificam a impossibilidade de rigorosa correspondência com os fatos, procuram identificar o direito e o Estado segundo uma objetividade intelectualística de caráter analítico: o Estado e o direito como estrutura lógico-formal objetiva. Foi o caminho trilhado por Kelsen, cuja teoria do Estado baseada em seu purismo metodológico permanece altaneira a seduzir as mentes jovens e mal informadas. A educação jurídica brasileira não se dá conta de que a objetividade metodológica em ciências sociais prescinde do rigoroso sentido positivista da ciência, e adota paradigmas alternativos oriundos da filosofia existencial: o Estado e o direito como concreção dialética de fatores de diferentes estatutos ontológicos, seja como superposição, seja como unidade dialetizada. O atraso epistemológico e didático também leva a ignorar as manifestações do realismo jurídico na abordagem psicológica e sociológica, e, *last but not least*, ignoram as posturas críticas que denunciam a tendência a considerar o Estado e o direito, identificados em certas manifestações da vida social, como evento anterior à

experiência gnósica. Assim, Olivecrona, após definir o direito como imperativo independente, conceitua o Estado em uma linha de pretensa objetividade fática: o Estado como instituição social destinada ao monopólio da força.<sup>30</sup> Curiosa é a analogia entre a tese de Olivecrona e a de Poulantzas, que define o Estado como "código da violência pública organizada" ou como "organização do monopólio da violência".<sup>31</sup> Nessa mesma linha, Althusser insere no fato Estado a existência de dois aparelhos, destinados à manutenção do poder e confundidos nas instituições políticas, um repressivo e outro ideológico.<sup>32</sup>

Identificados o direito e o Estado em sua dimensão existencial com a violência legitimada e institucionalizada, a exigência de objetividade fica responsável pela descrição semântica do poder, ao registrar idêntica equivocidade, tanto em relação às formas sob as quais ocorre, como em sua explicação genética, de conteúdo metafísico ou sociológico.

Assim é que a doutrina do poder irrompe na cultura europeia em torno da questão dos limites da potestade divina — *a potentia absoluta ou potentia ordinata Dei* —, passa ao plano político por meio da teoria do poder divino dos reis, seculariza-se pelo racionalismo e adentra a filosofia da vida e da existência por Nietzsche. Finalmente, verifica-se o retorno da antiga distinção entre a potestade absoluta e a ordenada, no contexto do pensamento existencial: em Sartre, a potência absoluta não reside em Deus, mas no ser humano.

A transição da metafísica para a sociologia e desta para a psicologia do poder opera-se segundo um determinismo que considera os conteúdos espirituais como sublimação das forças elementares da natureza.

Em Schopenhauer, os fatores determinantes da racionalidade são constituídos por um impulso natural instintivo e primário, que o filósofo definiu como vontade. O intelecto é apenas o produto da vontade vital em si inconsciente, um instrumento e uma arma na luta pela existência, a qual ocorre tanto no reino animal quanto no humano. Mas com a ressalva de que, no homem, o intelecto se desprende aos poucos da vontade e pode levá-lo a apreender o mundo de modo completamente objetivo e, então, ele configura, poetiza e pensa.<sup>33</sup>

Esta brecha na filosofia da vontade instintiva é contestada por Nietzsche, para quem a objetividade desinteressada do pensamento, caminho para a liberação do homem da vontade primária irracional, só serviu para criar uma falsa hierarquia, que conduz ao poder. E Nietzsche paga seu tributo ao contratualismo quando assevera que os homens, para minimizar os

efeitos da "guerra de todos contra todos", fixaram por acordo o que no futuro deveria ser considerado verdade: colocar em ação um exército de metáforas, metonímias e antropomorfismos para encobrir os impulsos que constituem a vontade de poder.

Em Marx, essas forças elementares, que condicionam a superestrutura ideológica — região ôntica do direito e das instituições —, são as relações econômicas, as quais determinam a divisão da sociedade por classes, na qual a puga pela hegemonia faz com que a ideologia dominante seja a da classe no poder. Nietzsche inverte a ordem pois, segundo ele, a vontade é que leva o homem a apoderar-se das coisas; na perspectiva marxiana, o "apoderar-se" caracteriza o início da dominação política.

A descrição objetiva do poder está presente igualmente em Weber, que também o concebe como vínculo concreto, caracterizado pelo fato de alguém dar ordens a certo número de pessoas, na convicção de que será obedecido.

O poder é então visto como algo objetivo, como controle do Estado, noção metafísica que elide o fato social da obediência real ou potencial a que as pessoas estão inclinadas, seja por motivações autônomas, como certos imperativos éticos de consciência, seja por determinações heterônomas, nas quais o constrangimento jurídico é o meio mais eficaz.

A dominação surge na sociedade como difusa manifestação em todos os agrupamentos humanos, com grau variável de eficácia, o que repercute nas teorias que tratam do pluralismo das ordenações normativas.

Essa profusão de doutrinas evidencia a impossibilidade de um discurso semântico, quando se trata de objetos cujo ser não suporta a objetividade científica no seu entendimento tradicional: o jurídico e o político, na condição de objetos cientificamente cognoscíveis, constituem-se pela constante problematização de certa realidade, que não é de modo algum pressuposta, mas uma construção teórica da filosofia e das ciências sociais.

Questionam-se destarte os fundamentos epistemológicos da ciência política, tornando-se necessário distinguir seus requisitos ideológicos, porquanto os níveis de pura especulação acham-se extremamente difusos e entremeados com a elaboração ideológica. Hartmann já havia detectado esta dimensão do saber dirigido ao Estado, ao nominá-lo teoria ideológica, e Cabral de Moncada chegou a predicar como missão da filosofia o desmascaramento de seus impuros momentos ideológicos, ao reduzi-los ao seu justo significado de

<sup>30</sup>. OLIVECRONA, Karl. El Derecho como Hecho. Trad. Gerónimo Cortés Funes. Buenos Aires: Lib. Jurídica, 1953.

<sup>31</sup>. POULANTZAS, Nicos. A Lei. In Crítica do Direito I, São Paulo, 1977. Tb. O Estado em crise. Rio de Janeiro, 1977.

<sup>32</sup>. ALTHUSSER, Louis. Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado. Lisboa, 1974.

<sup>33</sup>. WELZEL, Hans. Introducción a la Filosofía del Derecho. Madrid, 1971, p. 211.



mitos ou postulados da ação, realizando-se a crítica das teorias políticas analogamente à crítica kantiana do conhecimento físico e matemático.

Fica demonstrado, portanto, o real alcance da narrativa ideológica, que é o de construir entes imaginários — os avatares da juridicidade e da politicidade — os quais se sobrepõem à realidade social concreta, ao substituí-la como objeto de uma teorização que postula o estatuto positivista da cientificidade. De maneira mais prosaica, poder-se-ia asseverar que nós acreditamos no direito e no Estado de igual modo que os antigos acreditavam nos deuses do Olimpo.

Assim como a jusfilosofia em relação ao direito, a doutrina do Estado elaborada pelo senso comum apresenta-o como entidade perfeita, produto da evolução de formas históricas de organização social, mas uma persona situada fora da história, neutra, criadora do direito no sentido do bem comum. Desta maneira, o pensamento conservador cumpre sua tarefa de propagar a imagem do Estado como um ente que sempre existiu e que sempre existirá. A polis, o império e o feudo são propostos como formas históricas de um ser real, que evoluiu até a perfeição consubstanciada no Estado de Direito: este é o mito que a ideologia jurídica e política inculca na macrossociedade.

Quando se aprofunda a crítica a esta concepção, que corresponde ao senso comum, o caráter lacunar do discurso ideológico torna-se evidente, pois seus enunciados coincidem apenas parcialmente com a realidade, em virtude da manipulação no interesse dos que dela se beneficiam. A ciência política, na impossibilidade de estabelecer a correspondência semântica entre uma realidade objetiva e o conceito de Estado, primeiro o constrói como objeto, como se o resultado dessa obra correspondesse à realidade da vida. Só que o objeto fica então constituído por essa realidade construída, ou seja, a própria ideologia, ao se reduzir o discurso que dele trata a simples metalinguagem dessas expressões ideológicas.

A ciência política, assim como a jurisprudência, trata então de elaborar categorias que representem certos fatos psicológicos ocultos sob o significativo poder. Não obstante, as dogmatiza, ao transformar a ideologia em objeto de uma investigação que precisa ser objetiva para suportar o estatuto da cientificidade. Se tivermos presente o constituir-se em concreto das relações sociais, veremos quão fictício é o método de fabricação dos objetos das ciências que devem estudar esses

eventos, sob a forma jurídica ou política. Pode-se dizer o mesmo do processo de institucionalização, igualmente ilusório, seja ele interpretado em suas conexões semiológicas ou simplesmente conceituais, seja ainda em suas expressões abstratas, de natureza lógica ou axiológica.

O Estado não passa de abstração, um mito; nós acreditamos no Estado tal como os gregos acreditavam nos deuses do Olimpo; ele surgiu historicamente após a consolidação de uma forma de controle social a que se convencionou denominar direito e só se antepõe a ele para dar legitimidade a suas próprias normas. O Estado é criação histórica dos que detêm a hegemonia na sociedade, e é por estes colocado a serviço de seus interesses.

## 6 SACRALIDADE, CARNAVALIZAÇÃO E TRANSFIGURAÇÃO NO ENSINO DO DIREITO

Como visto nos itens anteriores, tanto a linguagem quanto a metalinguagem do discurso jurídico partem de uma objetualidade configurativa, como se o direito correspondesse a uma verdade objetiva à qual se reportam as normas jurídicas, diretamente, e os respectivos enunciados doutrinários, indiretamente. É uma dualidade discursiva reproduzida no discurso educacional sobre o direito, o Estado e seus institutos, com um sentido basilar de transmissão de conteúdos resultantes interpretações as mais das vezes subjetivas. E assim, prevalece um discurso dogmático cuja verdade é meramente consensual, muitas vezes legitimador do ilegítimo e justificador do injustificável.

A constatação desta insuficiência tem levado à busca de novas linguagens em setores do saber que extravasam os discursos científicos usuais, e mesmo o discurso crítico que, elaborado dentro dos paradigmas tradicionais, padece de caráter aporético aparentemente inafastável. Daí o desafio inicial, por que não se valer então de outros meios, a exemplo das expressões estéticas da ficção literária, da música, das artes plásticas e outras que o imaginário possa engendrar?

Difícil responder, pois toda inspiração nesse sentido se esgota na denúncia desprovida de soluções, embora alguns conteúdos tenham enriquecido o viés do pensamento crítico na tarefa pedagógica de conscientização. Nada obstante, permanece o impasse diante das enumeráveis interpretações da realidade contemporânea, nossa neomodernidade, pós-modernidade, hipermodernidade ou transmodernidade.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> WARAT, Luiz Alberto. Del discurso alienante de la modernidad a la semiología de la autonomia en la transmodernidad. Elementos para una semiología ecológica del Derecho. Hacia una teoría lingüística de la transmodernidad. Conferência pronunciada en la Universidad Hispanoamericana de Santa María de la Rábida, Huelva,

ago. 1996. Apud MARTÍN, Nuria Belloso. Paradigmas ecológicos de la Filosofía del Derecho en la transmodernidad. In: OLIVEIRA Jr., Alcebiades (Org.) et alii. O Poder das Metáforas. Homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 25.

Ademais, o recurso à metáfora dos avatares não pode ignorar a referida conotação denunciativa, a qual tem seguido a constituição da normatividade. Os avatares engendrados situam-se em patamar igual ao das metáforas míticas e religiosas, não a personificação das divindades que interferiam nas relações entre os humanos, mas a configuração de seres de outra estirpe, construídos a partir dos universais da ciência e da filosofia.

Entidades míticas personalizadas, as encontramos nas antigas civilizações, quando os humanos atribuíam a entes sobrenaturais os acontecimentos que não podiam explicar e os tinham como origem de suas regras comportamentais, para o bem e para o mal. Entre os persas, Ormuzd seria a fonte de todo o bem, enquanto Ariman era um deus subalterno que, após haver se revoltado contra o primeiro, ter-se-ia tornado a origem do mal. No antigo Egito, os faraós consideravam-se reencarnação do deus supremo Amon- Rá, e o Livro dos Mortos faz referência ao Tribunal de Osíris e à deusa Maat, que simbolizava a lei e a ordem universais. Entre os povos da Mesopotâmia havia o culto a Shamash, deus do sol e da justiça, mas as principais deidades sumérias representavam os quatro elementos da natureza: Na, Ki, Enlil e Enki, respectivamente o céu, a terra, o ar e a água, responsáveis em conjunto pelas leis imutáveis que a todos obrigavam. Também os assírios e babilônios adoravam Anu, o deus do céu, Enlil, o deus da terra, do ar e da tempestade, e Ea, o deus das águas, e tinham uma trindade de demônios, Labartu, Labasu e Akhkhazu. Na época de Hamurábi, o deus protetor da cidade da Babilônia, Marduk, passou a reunir os atributos dos outros deuses e a ser venerado como o principal, presidindo o céu, a luz, a guerra e a fertilidade.

O tema bíblico do paraíso perdido aparece em quase todas as religiões, mas é a partir da filosofia, quando a religião cede espaço para a razão, que as crenças jurídicas e políticas assumem a forma de narrativa alegórica, o que encontramos em Homero, Hesíodo, Píndaro e Sófocles. A narrativa homérica ensina que a de origem divina não pode ser ofendida impunemente, e para Hesíodo a justiça é filha de Zeus. A supremacia absoluta da lei, a ordem cósmica que os pré-socráticos projetavam na cidade-Estado, era simbolizada pela inclusão de Têmis entre os titãs, os deuses da primeira geração que haviam se revoltado contra Cronos, o tempo, e se retirado para o Olimpo após a vitória, A fantasia mitológica ainda engendrou Dike, a justiça, nascida da união de Têmis com Zeus, o mais poderoso dos deuses.

<sup>35</sup> AGAMBEN, Giorgio. O uso dos Corpos (Homo Sacer N° 2). São Paulo: Boitempo, 2017.

<sup>36</sup> BOBBIO, Norberto. Qual Socialismo? 2. ed. Tradução de Iza de Salles Freara. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983. Cf. OLIVEIRA Jr., José Alcebiades de. Bobbio e a Filosofia dos Juristas. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994. esp. p. 141 s.

A proposta inclusão dos avatares na mitologia jurídica respondeu ao desafio inicial de valer-se de linguagem literária, no caso a cinematográfica, para simbolizar a criação de novas deidades que possam encarnar as crenças jurídicas e políticas da época atual, infirmadas e transmitidas através da educação jurídica; uma narrativa doutrinária e ficcional com antecedentes bastante expressivos.

Neste sentido, a morte de Deus apregoada por Nietzsche entrevê as novas religiões da pós-modernidade, a religião capitalista referida por Walter Benjamin e a substituição da Igreja e seus sacerdotes pelas instituições bancárias, na observação de Agamben.<sup>35</sup> É a sacralização dos institutos, começando pela constituição e a democracia, e continuando nas instituições estatais, inclusive os partidos políticos, as novas divindades que não admitem profanação. Quanto à democracia, os estudos políticos atuais voltam-se para uma profusão de formas que demonstram mais dúvidas do que certezas quanto à sua capacidade de oferecer soluções para os problemas sociais. Com efeito, ela é designada como democracia liberal, populista, participativa, social, deliberativa etc., sendo estudada em seus benefícios, mas também em seus paradoxos e desarmonias, como o fazem Bobbio<sup>36</sup>, e Habermas. E Jean Baudrillard refere-se ao mundo artificialmente criado como hiperrealidade, extensão do hiperrealismo estético, um espaço onde não há fronteiras entre o real e o ficcional.

Outro conceito, mais diretamente relacionado ao ensino jurídico, é o de carnavalização, empregado por Warat. Evocando Baudrillard e Bakhtin, denunciou Warat a alienação no ensino do direito, resultante de práticas didáticas que mantêm o aluno "... prisioneiro de uma censura que não poderá ser abalada por nenhuma prática de autonomia."<sup>37</sup> É uma observação pessimista, que o autor enfrenta com sua proposta de carnavalização do ensino do direito, reavaliação linguística e simbólica das práticas voltadas para a definição e implementação de valores humanísticos, especialmente no que tange aos direitos humanos e à democracia.

Para melhor compreensão do alcance metafórico do carnaval, levado a efeito por Warat, é preciso afastar a imagem pantagruélica do carnaval carioca e paulistano, para ater-se ao horizonte do carnaval medieval e renascentista estudado por Mikhail Bakhtin.<sup>38</sup> Para o linguista russo, a

<sup>37</sup> WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito. O direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Safe, 1997, p. 60

<sup>38</sup> BAKHTIN, Mikhail M. A Cultura Popular na Idade Média e no Renascimento: o contexto de François Rabelais. 7. ed. São Paulo: Hucitec, 2010.

carnavalização não se confunde com a eventual inversão de valores e papéis, mas traduz vivência e participação, não se deixando exaurir no esteticismo do espetáculo. É o que Warat reafirma, a carnavalidade como atributo atuante no desfazimento das representações ideológicas e na implosão da microfísica dos segredos que sustentam as ordens totalitárias das verdades.<sup>39</sup> E a carnavalização pedagógica tem seu complemento na epistemologia carnavalizada.

O recurso à mitologia tem tido o caráter de resposta aos problemas que a racionalidade não pôde solucionar, e o recurso à irracionalidade alegórica dos avatares não foge à regra. Se Warat falava em carnavalização das práticas jurídico-pedagógicas, e Aganbem referia-se à santificação das instituições, forma-se um contexto que inclui a transfiguração do direito e do Estado através de seus avatares. Mas a finalidade deste recurso à ficção cinematográfica deve ser atrelada à contemporaneidade, admitindo-se que as soluções historicamente aventadas podem não servir para o estado atual da sociedade.

A modernidade já fora caracterizada como situação histórica de crise religiosa, filosófica e política, no sentido de que os sustentáculos da civilização ocidental implicados pela religião, tradição filosófica e autoridade política já não se apresentavam como legítimos aos olhos do povo.<sup>40</sup> Pode-se asseverar que os tempos atuais são prolongamento dessa situação, que também enfrenta sua crise, decorrente da perda dos referenciais<sup>41</sup> que levavam o ser humano a sentir-se protegido como seguidor de uma religião, participe de comunidades mais ou menos definidas e, principalmente, como nacional de um país que considera sua pátria. Como enfatizou Lyotard, na sociedade pós-moderna a fragmentação e sensação de insegurança invadem o devir vital.<sup>42</sup> E Julios-Campuzano complementa, ao constatar a morte do sujeito como unidade histórica da razão, o que importou na quebra definitiva do projeto moderno em sua radical integridade.<sup>43</sup> Ademais, enfrenta-se uma crise de paradigmas,<sup>44</sup> diante do fracasso da ciência na solução dos

problemas materiais que afligem a maior parcela da sociedade globalizada, informatizada e liberal-capitalista.

A sociedade atual tem sido descrita como pós-moderna, pós-industrial, do conhecimento, de risco, de massa, do medo e da exclusão,<sup>45</sup> entendimentos estanques que sinalizam as relações humanas na contemporaneidade, e que convergem para a ideia mais abrangente de sociedade complexa.

O conceito deve-se a Niklas Luhmann, em sua crítica epistemológica à sociologia positivista, que tinha como princípio metodológico a exigência de neutralidade ideológica do sujeito. Como demonstrado por Popper e Bachelard,<sup>46</sup> tal pressuposto traduzia uma aporia, pois o fato da imersão do sujeito em seu objeto determinava necessariamente certo nível de parcialidade. A solução encontrada por Luhmann foi substituir a relação sujeito-objeto pela distinção entre sistema e ambiente, nuclear em sua teoria dos sistemas.

Nessa linha de investigação, os sistemas sociais são encarados do ponto de vista das interações entre sistemas grupais menores e o maior, que forma o ambiente; donde a ideia de complexidade, conceito relacional vinculado à variedade e quantidade de interações entre os indivíduos, a nível macro e micro, bem como as respectivas formas de expressão. E todo esse processo se viabiliza mediante a comunicação, outro fator inerente ao sistema.<sup>47</sup>

As ideias de Luhmann serviram para uma noção mais realista da sociedade no presente. Vejo-a formada pelos grupos microsociais componentes da macrosociedade. Seu desenho perde a feição da ordem piramidal, e assemelha-se à intersecção de formas ovaladas, onde cada oval representa um microsistema, atravessa os demais e é por eles permeado. Há por conseguinte um núcleo comum que, ao mesmo tempo em que aparentemente é uma redução dos ovais, representando o ponto para o qual todos convergem, a exemplo do sentimento nacional, os envolve na mesma esfera social.

<sup>39</sup> WARAT, Luis Alberto. Manifesto do surrealismo jurídico. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 71.

<sup>40</sup> ARENDT, Hanna. As Origens do Totalitarismo. Tradução de Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Documentário, 1975 a 1979. V. ADEODATO, João Maurício Leitão. O Problema da Legitimidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

<sup>41</sup> GODOY, Horácio. El Derecho y la Informatica. Boletín de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. La Plata, n. 17, oct. 1984.

<sup>42</sup> LYOTARD, J. F. La diferencia. Barcelona: Gedisa, 1996. p. 95.

<sup>43</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. La Dinámica de la Libertad. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1997, p. 262.

<sup>44</sup> KUHN, Thomas. La structure des révolutions scientifiques. Paris: Flammarion, 1983.

<sup>45</sup> GIDDENS, Anthony e PIERSON, Christopher. O Sentido da Modernidade - Conversas com Anthony Giddens. Política da

Sociedade de Risco. Faculdade Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1ª edição, 2000, p.139-148. GIDDENS, Anthony. As Consequências da Modernidade. Segurança e Perigo. São Paulo: UNESP, 1991, p. 16-19. GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich e LASH, Scott. Modernização Reflexiva - política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Raul Sikeri. São Paulo: UNESP, 1991. LUHMANN, Niklas. Sociología del riesgo. México: Universidad Iberoamericana e Universidad de Guadalajara, 1992.

<sup>46</sup> POPPER, Karl. A Lógica da Pesquisa Científica. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny S. da Mota. São Paulo: Cultrix e Universidade de São Paulo, 1975. Tb. Conhecimento Objetivo. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia e Universidade de São Paulo, 1975.

<sup>47</sup> LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, sem indicação de data, p. 168)

A configuração real e formal dos grupos é permeada pelo direito positivo, e cada qual institui em seu âmbito regras de conduta e comprometimento bem definidas, e seus membros possuem um traço cultural comum no que concerne a valores e objetivos. Não quer isso dizer que sejam monolíticos, homogêneos, nem movidos por amplo consenso, contudo, sempre que sua segurança e sustentabilidade corre algum risco, reúnem-se em torno de um objetivo que os une. Por essa razão e sem perder a identidade, perpassam seus limites territoriais e invadem o espaço de outros microssistemas, na busca de certo equilíbrio. Com efeito, um idoso pode pertencer, simultaneamente, ao seu próprio microssistema, a comunidade dos idosos, bem como ao familiar, ao dos consumidores e ao dos trabalhadores. Um narcotraficante, do mesmo modo, pode pertencer simultaneamente ao microssistema dos narcotraficantes, ao da família e ao dos presidiários. É ilusório imaginar que, numa sociedade organizada, um único grupo consiga limitar o raio de penetração de suas próprias raízes dentro de sua órbita de atuação, dada a imprescindível interdependência que naturalmente os norteia.

Os interesses desses conjuntos de microssistemas que se entrecruzam formam o macrossistema, que se identifica com a sociedade como um todo. São agrupamentos dotados de peculiaridades específicas que buscam, dentro do possível, uma convivência harmônica com as demais. Mas nessa articulação, alguns acabam por impor-se aos outros, seja por razões históricas que os dotaram de força política, seja porque conseguiram alguma espécie de liderança. Surgem então os grupos microssociais hegemônicos que, da mesma forma, se articulam para manter a hegemonia e se apoderam dos instrumentos de controle social, infiltrando-se nas organizações sociais, inclusive órgãos governamentais. Os conflitos intergrupais que então se formam são de magnitude tal que chegam a frear ou ameaçar a hegemonia do grupo e até sua continuidade.

Daí que a sociedade, para ser segura e estável, requer uma ordem normativa superior apta a dominar todos os microssistemas sociais, de forma a poderem evitar ou postergar o aparecimento de conflitos, sanando-os quando inevitáveis. A forma mais sofisticada de controle dos comportamentos individuais no meio social é o direito, que impregna os microssistemas ao sabor desses conflitos potenciais. Na sua compreensão usual como direito positivo, é o conjunto das normas comportamentais tornadas obrigatórias em virtude do poder de coação do Estado.

Na sociedade contemporânea verifica-se uma complexidade extrema na articulação de

interesses, valores, projetos e exigências de indivíduos e grupos, uma rede de dimensões globais expressada mediante estruturas dos mais diversos aspectos, formadas por amplas redes comerciais, sistemas de produção e distribuição, pelo sistema financeiro mundial e também pelo mercado de trabalho, estruturas que transcendem as fronteiras geopolíticas e culturais. Não se acha vertical e hierarquicamente escalonada, mas horizontalmente articulada, uma estrutura que se projeta em micro-ordenamentos integrados no macro-ordenamento formado pelo direito positivo. É a antiga tese do pluralismo jurídico, que encontra nova fundamentação na teoria dos sistemas.

Assim é que não temos uma ordem jurídica única, estatal, racional e legítima, e sim, diversas micro-ordens normativas à disposição dos membros do agrupamento. Como cada microssistema é composto de indivíduos com características próprias, na maioria das vezes diversas das características de indivíduos de outros microssistemas, estes, cada um por si ou em conjunto, tendem a impor-se aos demais, o que está na gênese dos conflitos interindividuais, classistas, religiosos, políticos, etc., numa escala avassaladora que leva aos grandes conflitos identificados nas revoluções político-jurídicas e nas guerras. É o resgate da teoria da gradação da positividade jurídica, proposta por Miguel Reale,<sup>48</sup> a qual oferece bastante similitude com a que ora desenvolvo. Só para completar esta noção sistêmica, é preciso considerar que a ordem normativa interna de cada grupo tende a positivar-se como ideal a atingir, na medida em que o direito positivo é o sistema que atingiu maior grau de sofisticação, inclusive tecnológica.

No plano sociológico e sistêmico em que situo as presentes reflexões, as regras de comportamento engendradas no interior dos grupos microssociais refletem, na ordem jurídica, a vontade e interesses individuais e grupais. Onde a realidade nem sempre harmoniosa da convivência grupal, o que demonstra a extrema dificuldade na busca de soluções para a insuficiência de um ensino dogmático, estereotipado e alienante, ofertado à juventude acadêmica nas centenas de cursos jurídicos espalhados pelo país.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTHUSSER, Louis. Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado. Lisboa, 1974.

ARENDT, Hanna. As Origens do Totalitarismo. Tradução de Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Documentário, 1975 a 1979.

ADEODATO, João Maurício Leitão. O Problema da Legitimidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989  
AGAMBEN, Giorgio. O uso dos Corpos (Homo Sacer N° 2). São Paulo: Boitempo, 2017

BAKHTIN, Mikhail M. A Cultura Popular na Idade Média e no Renascimento: o contexto de François Rabelais. 7. ed. São Paulo: Hucitec, 2010.

BOBBIO, Norberto. Qual Socialismo? 2. ed. Tradução de Iza de Salles Freara. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 198.

BRONZE, Fernando. A metonímia entre a semelhança e a diferença (Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

BRONZE, Fernando José. Lições de Introdução ao Direito. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, sem indicação de data  
CARVALHO, Joaquim de. Prefácio a E. Husserl, A Filosofia como ciência de rigor. Trad. Albin Beau, 2. ed. Coimbra: Atlântida, LIII-LIVI

CHUEIRI, Vera Karam de. A Filosofia Jurídica e Modernidade. Ronald Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM editores, 1995.

COELHO, Luiz Fernando. A Fundamentação Metafísica da Moral e do Direito: Repensando o Imperativo Categórico. In Boletim da Faculdade de Direito. v. XV, Tomo I, Coimbra, 2014.

DELOS, J. T. «La Théorie de l'Institution», in Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, N° 193  
DWORKIN, Ronald. Is Law a System of Rules? In DWORKIN, R. M. (editor) et al. The Philosophy of Law. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 38 e ss.

DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FARREL, Martín Diego. La Metodología del Positivismo Lógico. Buenos Aires: Astra, 1976.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Direito, retórica e comunicação. São Paulo: Saraiva, 1973.

GIDDENS, Anthony. As Consequências da Modernidade. Segurança e Perigo. São Paulo: UNESP, 1991.

GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich e LASH, Scott. Modernização Reflexiva - política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Raul Sikeri. São Paulo: UNESP, 1991.

GIDDENS, Anthony e PIERSON, Christopher. O Sentido da Modernidade - Conversas com Anthony Giddens. Política da Sociedade de Risco. Faculdade Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1. ed., 2000.

GODOY, Horácio. El Derecho y la Informática. Boletín de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. La Plata, n. 17, oct. 1984.

GOMES, Orlando. A Crise do Direito. São Paulo, 1955  
HARTMANN, Nicolai. Ontologia, México: Fondo de Cultura Económica, 1905.

HAURIOU, Maurice. Teoria dell'istituzione e della fondazione, trad. de Cesarini Sforza, Milão, 1931.

HUSSERL, Edmund Investigações Lógicas, trad. Zelyko Loparic e André M. C. Loparic, 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, col. «Os Pensadores», 1985.

JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Trad. Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. La Dinámica de la Libertad. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1997.

JUNG, Carl Gustav. Os arquétipos e o inconsciente coletivo. Trad. de Maria Luiza Appy e outros, Petrópolis: Vozes, 2016.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, 2. ed., trad. João Baptista Machado, Coimbra: Arménio Amado, 1962.

KUHN, Thomas. La structure des révolutions scientifiques. Paris: Flammarion, 1983.

LUHMANN, Niklas. Ilustración Sociológica y otros ensayos. trad. de H. A. Murena, Buenos Aires: SUR, 1973.

LUHMANN, Niklas. La Differenziazione del Diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto. Trad. de R. de Giorg e M. Silbemagi, Bolonha: Mulino Spa, 1990

LUHMANN, Niklas. Sociología del riesgo. México: Universidad Iberoamericana e Universidad de Guadalajara, 1992

LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, sem indicação de data.

LYOTARD, J. F. La diferencia. Barcelona: Gedisa, 1996  
MARCUSE, Herbert. A Ideologia da Sociedade Industrial. Trad. Giasone Relená, .6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

MURALHA, Sidónio. Obras Completas do Poeta. Lisboa: Universitária, 2002.

MONTESQUIEU, Charles L. S. Baron de la Bréde et de. O Espírito das Leis. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, col. "Os Pensadores", 1985.

NEVES, António Castanheira. «Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito — ou as condições da emergência do direito como direito», in Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço, Coimbra: Almedina, 2002.

NEVES, António Castanheira. Questão-de-facto — Questão-de-direito, ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica), 1. ed., Coimbra: Almedina, 1967, p. 41.

NIETZSCHE, Friedrich. Genealogia da Moral: uma polémica, trad. Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

OLIVECRONA, Karl. El Derecho como Hecho. Trad. Gerónimo Cortés Funes. Buenos Aires: Lib. Jurídica, 1953.

OLIVEIRA Jr., Alcebíades (Org.) et alii. O Póde das Metáforas. Homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

OLIVEIRA Jr., José Alcebíades de. Bobbio e a Filosofia dos Juristas. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

POPPER, Karl. A Lógica da Pesquisa Científica. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny S. da Mota. São Paulo: Cultrix e Universidade de São Paulo, 1975.

POPPER, Karl. Conhecimento Objetivo. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia e Universidade de São Paulo, 1975.

POULANTZAS, Nicos. A Lei. In Crítica do Direito I, São Paulo, 1977. Tb. O Estado em crise. Rio de Janeiro, 1977.

REALE, Miguel. Fundamentos do Direito, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais e Universidade de São Paulo, 1972.

REALE, Miguel. Teoria do Direito e do Estado, 4. ed. São Paulo, 1984.

SALDANHA, Nelson. Sociologia do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

SCHOPENHAUER, Arthur. Aforismos para a sabedoria de vida. Trad. Jair Barboza. São Paulo: VMF Martins Fontes, 2017.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992

WARAT, Luís Alberto. O Direito e sua Linguagem, 2ª versão, Florianópolis: UFSC, 1983. Do mesmo autor, em colaboração com Albano M. B. Pêpe. Filosofia do Direito — uma introdução crítica, 1. ed. São Paulo: Editora Moderna, 1996.

WARAT, Luiz Alberto. Del discurso alienante de la modernidad a la semiología de la autonomia en la transmodernidad. Elementos para una semiología ecológica del Derecho. Hacia una teoría lingüística de la transmodernidad. Conferência pronunciada en la Universidad Hispanoamericana de Santa María de la Rábida, Huelva, ago. 1996.

WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito. O direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Safe, 1997.

WARAT, Luis Alberto. Manifesto do surrealismo jurídico. São Paulo: Acadêmica, 1988.

WELZEL, Hans. Introducción a la Filosofía del Derecho. Madrid, 171

## PARA ALÉM DOS AUTOS: DIÁLOGOS PELA DEMOCRACIA<sup>1</sup>



**Ramon de Medeiros Nogueira<sup>2</sup>**

O trabalho tem por escopo analisar, no Estado de Direito, a relação entre a justiça multiportas, métodos adequados e democracia participativa. A problemática reside em investigar o papel do modelo vigente de resolução de conflitos no resgate da participatividade democrática. Para tanto, foi feito uso do método lógico dedutivo combinado aos precedentes de pesquisa bibliográfica e documental. Como principal contribuição do trabalho tem-se que a participatividade, elemento essencial as democracias contemporâneas, é apreendida na prática e de forma gradual, com influência relevante das experiências prévias obtidas através da resolução de conflitos e sistemática processual. Por fim, o trabalho conclui que a justiça multiportas é essencial ao cultivo da democracia e cidadania ativa, com impactos para além da lide. Uma vez alargar os espaços de diálogo, resgata e incentiva, ou melhor, ensina, para que, posteriormente, se participe e exercite a cidadania ativa também no espaço público.

**Palavras-chave:** Processo Civil; Democracia; Cidadania ativa; Justiça Multiportas.

---

<sup>1</sup> Trabalho apresentado no IX Congresso Luso Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania – CONLUNBRADEC (28 a 30 de maio de 2023) pelas coautoras e alunas do Programa de Mestrado e Doutorado do PPGD – UNICURITIBA.

<sup>2</sup> Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Diretor da Escola Judicial do Paraná – EJUD. Mestre em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Curitiba – UNICURITIBA (1999-2009). Professor de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná (2001-2003). Procurador-Geral do Tribunal de Justiça Desportiva (2011).

## BEYOND THE PROCESS: DIALOGUES TO THE DEMOCRACY



**Rogério Etzel<sup>3</sup>**

The purpose of this work is to analyze, in the rule of law, the relationship between multi-door justice, adequate methods and participatory democracy. The problem lies in investigating the role of the current model of conflict resolution in the rescue of democratic participation. For that, the logical deductive method was used, combined with the precedents of bibliographic and documentary research.

---

<sup>3</sup> Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Vice-Diretor da Escola Judicial do Paraná – EJUD. Professor do Centro Universitário Positivo. Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Especialista em Direito Civil pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos e Especialista em Direito pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP.





**Karen Paiva Hippertt<sup>4</sup>**

The main contribution of the work is that participativeness, an essential element of contemporary Democracy, is apprehended in practice and gradually, with a relevant influence of previous experiences obtained with conflict resolution and procedural systematics.

---

<sup>4</sup> Mestranda no Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania, no Centro Universitário Curitiba. Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Especialista em Processo Civil, Mediação e Arbitragem pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba. Assessora do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: karen.hippertt@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5863810703081925>. ORCID: <https://orcid.org/00000002-39918850>



**Adriane Garcel<sup>5</sup>**

Finally, the work concludes that multi-door justice is essential to the cultivation of Democracy and active citizenship, with impacts beyond the fight. Once it expands the spaces for dialogue, it rescues and encourages, or rather, teaches, so that, later, one can participate and exercise active citizenship also in the public space.

**Keywords:** Civil Procedure; Democracy; Active citizenship; Multi-door Courthouse.

---

<sup>5</sup> Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Pós-graduada em Processo do Trabalho pela Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA/UNIBRASIL. Pós-graduada em Ministério Público - Estado Democrático de Direito pela Escola do Ministério Público - FEMPAR/UNIVERSIDADE POSITIVO. Graduada em Letras pela Universidade Campus de Andrade e Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná. Assessora Jurídica da Presidência do TJPR, Mediadora Judicial e Professora no curso de Direito da UniEnsino. E-mail: [adriane.garcel@tjpr.jus.br](mailto:adriane.garcel@tjpr.jus.br). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3684019694966209>.

## INTRODUÇÃO

Assim com o direito e a ciência jurídica, o processo e seus institutos evoluem conjuntamente com a sociedade.

Do mesmo modo, a democracia, não é projeto pronto e acabado, mas em construção diária e perpétua. Se renova a cada novo sopro, conforme venham vindo novos ares.

É utópico imaginar que cidadania e democracia serão, assim, ideias perpétuas, que vigorarão de forma perene, sempre, ao longo da história.

Em tempos de guerra e pandemia, quando a democracia de um país é ameaçada, de desigualdade e intolerância, as temáticas, democracia e cidadania ativa, precisam migrar para o centro do debate.

A democracia se mantém, assim, quando cultivada, com a participação da população no seio da sociedade, exercitando ativamente a cidadania.

Tratam-se ambas de ideias complementares, dependentes uma da outra. Não existe democracia sem participação social, mas também a cidadania só poderá ser exercida no seio de um Estado Democrático de Direito, sendo elemento legitimador.

O problema é que se por muito tempo obstou-se a participação, silenciada a voz pelo regime de exceção. Quando veio a redemocratização, com a Constituição Cidadão, repleta de direitos e valores, no contexto de um processo transplantado à moda Eurocêntrica – procedimentalista, burocratizado e que fomentava a resolução unicamente pela via estatal – não se sabia muito bem como, ou furtava-se, ao exercício ativo da cidadania.

Deixou-se de participar tanto quanto era preciso. Calou-se a voz, quando era necessário falar. No lugar, conferiu-se poderes ao advogado para que, no exercício do direito de ação, provocasse a jurisdição inerte a atuar na resolução da contenda trazida. Detalhada no papel a lide, a pretensão resistida, exige-se do juiz da causa uma solução adequada, tempestiva e efetiva.

Vislumbra-se a figura de um Judiciário paternalista. Após as diretas já, pouco se viu no espaço público. Autuadas e distribuídas, as questões políticas passaram a ocupar a pauta diária do Judiciário no fenômeno que ficou conhecido como judicialização das questões políticas e sociais.

Aborto, redução da maioria penal, fornecimento de medicamentos e etc. – questões trazidas à justiça e que refletem o alargamento demasiado da jurisdição, com o Judiciário passando ao centro da democracia, encarregado de coordenar as forças vivas, materializar os direitos fundamentais e

tutelar a pessoa humana, mesmo quando inoperantes os demais poderes políticos.

A tragédia dos comuns se viu refletiva na disfuncionalidade do sistema jurídico processual que, na sociedade do litígio, restou abarrotado de demandas imparáveis. Foi preciso mudar o prumo. A crise convidou ao repensar dos institutos processuais e do processo como um todo.

Entrava em vigor, o Código de Processo Civil para inovar na ordem jurídica processual, avançando em pontos essenciais.

Diante deste cenário, o presente estudo tem por escopo analisar, no Estado de Direito, a relação entre a justiça multiportas, métodos adequados e democracia participativa. Para a elaboração, será utilizado o método lógico dedutivo, combinado aos precedentes de pesquisa bibliográfica e documental.

Para tanto, além da introdução e conclusão, a exposição se desenvolverá em três capítulos. Investigar-se-á, primeiramente, a ideia de democracia e participatividade do Estado de Direito. Na sequência, o conflito e o processo na sociedade do litígio e a sua relação com a participatividade da sociedade brasileira. Por fim, irá se adentrar no cerne da problemática do presente estudo analisando a relação o modelo vigente de resolução de conflitos e a democracia participativa.

## 2 ESTADO DE DIREITO: DEMOCRACIA E PARTICIPATIVIDADE

O vocábulo "democracia" é um substantivo formado pela união das palavras "demos" e "kratos", traduzindo-se na expressão poder do povo, ou governo do povo, e tendo por símbolo as praças públicas (ágoras). Conforme destaca Alencar<sup>1</sup>, na Grécia Antiga, "A praça representa o grande recinto da nação [...]. Ali discutiam-se todas as questões do Estado [...]".

Destarte, conforme já dizia Aristóteles, o homem é um ser gregário, é da sua natureza o viver em sociedade, sendo um animal político por excelência. A dissolução da esfera pública, de um espaço para ação e discurso, para exercício da democracia, nestes termos, foi exatamente o que deu origem ao totalitarismo.

Após cerca de doze anos, de um estado legislativo, de exceção, se sucederam, em vitória histórica, as democracias contemporâneas.

Em eterna construção, a democracia se articula em dois pilares principais, autogoverno dos povos e direitos e garantias fundamentais.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> ALENCAR, José de. Sistemas representativos. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1868. p. 36.

<sup>2</sup> LINHARES, Emanuel Andrade et al (org.). Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 2.

Neste sentido, Victoriano<sup>3</sup> chama atenção ao fato de que a luta pela democracia e cidadania “tem colocado hegemonicamente, o cidadão como titular de direitos – políticos, civis e sociais – em relação ao Estado e a outros particulares”.

Também, advindo do bojo das revoluções, o movimento do Constitucionalismo destinou-se a refazer os pactos antes existentes.

Mantendo-se permanentemente inconformado com as injustiças históricas, volta-se a assegurar, com a dinamicidade que lhe é inerente, a realização diária da democracia cujo conteúdo em processo de acabamento busca conformar-se com a organicidade da realidade.

Embora a democracia aposte na vontade da maioria como elemento legitimador do poder e o constitucionalismo dela desconfie, receoso quanto ao despotismo, é, em razão disto, que ambos se complementam em uma verdadeira sinergia. Limitações “exageradas ao poder podem bloquear os canais de atuação da soberania popular e, conseqüentemente, comprometer a autonomia política do cidadão como coautor do seu destino coletivo”<sup>4</sup>. Em contrapartida, “uma “democracia” sem limites [...], tende a dinamitar os direitos das minorias, além de outros valores e liberdades essenciais à formação da cidadania [...]”<sup>5</sup>.

Diante disto, constitucionalismo e cidadania ativa, com intensa participatividade, se relacionam, assegurando a igualdade e que a democracia se realize dia a dia “acolhendo as forças de combate por uma sociedade mais justa”<sup>6</sup>.

Para Bonavides<sup>7</sup>, a democracia ocidental é “[...] regime [...] onde o poder político se sustenta numa teoria da soberania popular, é aquela forma de poder em que os governantes são escolhidos em eleições livres, mediante sufrágio universal”, mas cuja outorga da legitimidade não se esgota com o voto.

Longe de meramente representativa, impõe um atuar ativo de seus cidadãos, autênticos sujeitos de direitos e deveres.

Assim, a democracia atual em muito se distingue do modelo meramente representativo, e vem a desembocar até mesmo no Direito.

No modelo participativo, a legitimação do Direito reside na existência de um procedimento discursivo-argumentativo, um discurso prático geral, como substrato legitimador da participação do cidadão na formação do Direito, no processo de tomada das decisões político-administrativas, conforme descrevem Alexy e Habermans.

Do mesmo modo, a legitimação do poder estatal encontra-se na participação popular, que permite à sociedade desempenhar um papel de destaque na escolha dos rumos que serão seguidos<sup>8</sup>.

Rosenfield<sup>9</sup> conceitua a democracia como um agir político, um regime de poder que “parte do pressuposto de que o mundo político é o mundo das opiniões e de que estas têm igualmente direito de tornarem-se públicas”.

Assim, contemporaneamente, tem-se, não governados, mas cidadãos. Sujeitos titulares ativos, que abrem, a partir da possibilidade de participação efetiva no exercício do poder público, espaços outros de participação. O exercício ativo da soberania, explica Benevides<sup>10</sup>, é o que confirma a soberania popular, elemento essencial da democracia.

Sobretudo, em países como o Brasil, que possuem experiências tão heterogêneas, há a necessidade de valorização de modelos contra-hegemônicos, capazes de incorporar novos temas com ampliação da gramática social – adverte Boa Ventura de Souza Santos<sup>11</sup> ao tratar da democracia participativa em contraposição ao modelo representativo passivo.

Em adição, Hanna Arendt<sup>12</sup> vislumbra o pertencimento como núcleo fundante da ideia de cidadania, uma vez assegurar a participação ativa de cada um dos cidadãos na condução da sociedade política cumprindo a missão de melhoramento e autopreservação evidenciada por Leo Strauss<sup>13</sup>. Ao obter o consenso na esfera pública, se reconhece a importância do outro para uma ação que leve a consecução de um objetivo maior.

<sup>3</sup> VICTORIANO, Marcia Regina. Capacitando para a democracia participativa. Revista Avesso do Avesso, Araçatuba, v. 1, n. 1, p. 87 – 97, jun. 2003, p. 88.

<sup>4</sup> LINHARES, Emanuel Andrade et al (org.). Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

<sup>5</sup> LINHARES, Emanuel Andrade et al (org.). Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

<sup>6</sup> LINHARES, Emanuel Andrade et al (org.). Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 9.

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 126.

<sup>8</sup> FILARDI, Hugo. Democracia e Processo – Breves reflexões sobre a influência do Estado Democrático de Direito na prestação da tutela jurisdicional. Revista de Direito, v. 63, 2004.

<sup>9</sup> ROSENFELD, Denis L. O que é democracia. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 50.

<sup>10</sup> BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Educação para a democracia. Lua Nova: Revista de cultura e política, n. 38, p. 223 – 237, 1996.

<sup>11</sup> SANTOS, Boa Ventura de Souza. Reinventar a democracia. 2. ed. Lisboa: Gradiva, p. 46.

<sup>12</sup> ARENDT, Hannah. A condição humana. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 302.

<sup>13</sup> STRAUSS, Leo. La ciudad y el hombre. Buenos Aires: Katz, 2006, p. 16 – 17.

A autodeterminação coletiva, diante disto, é elemento legitimador do regime, com expressão máxima na participação.

À vista disso, tem-se não haver democracia sem participação por meio da ação política comunicativa. Quando a ação e o discurso deixam de ser relevantes, o espaço público se abre ao totalitarismo, com um poder que se legitima por si só, de forma arbitrária.

Em Habermas, o agir comunicativo enquanto legitimador, assegurados direitos de comunicação e participação política, instrumentaliza um espaço eminentemente de integração social.

No Brasil, o processo de reabertura democrática foi impulsionado por milhões de brasileiros que foram as ruas reivindicar às diretas já.

O retorno da regularidade das instituições instrumentalizou-se por uma nova Constituição que deu início à redemocratização, com mudanças profundas no ordenamento jurídico.

Conjuntamente com a retomada da vida pública, às "nossas circunstâncias"<sup>14</sup> impeliam que se conferisse centralidade a pessoa humana, de modo que, no Estado de Direito, a dignidade da pessoa humana foi erigida ao patamar de supraprincípio, orientador e conformador de toda a ordem jurídica.

Somado a isso, a luta pela democracia e cidadania fez retornar ao povo o poder estatal, assegurada a participação.

Segundo explica Moraes<sup>15</sup>, a Constituição conjugou democracia e Estado de Direito, combinando a forma representativa dos Parlamentos e a consecução da supremacia da Constituição, bem como o respeito aos Direitos Fundamentais.

O princípio democrático é trazido já de início, na Constituição que, ao prever, no artigo 1º, que o poder advém do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, destaca a exigência de participação popular na vida política a assegurar a soberania popular.<sup>16</sup>

Elucida Moreira Neto<sup>17</sup> que o princípio da participação abrange as formas de ação de todos os três poderes, legislativa, judicial e administrativa, visando, principalmente, "à legitimidade dos atos da Administração Pública, embora, incidentalmente, possa servir a seu controle de legalidade".

Nesta linha, tem-se o reconhecimento, pelo constituinte, da democracia autêntica associada a efetiva participação popular nas decisões e escolhas dos governantes, que impõe a previsão de mecanismos de ampliação da eficácia da representatividade.

Destarte, a Constituição convida ao fortalecimento de um espaço público de debate outrora perdido, que remete à pólis grega, retomada da natureza política do homem, com a participatividade correspondendo a pilar central da democracia. Conforme Bonavides<sup>18</sup>, democracia sem participação popular "é quimera, é utopia, é ilusão, é retórica, é promessa sem arrimo na realidade, sem raiz na história, sem sentido na doutrina, sem conteúdo nas leis".

Ato contínuo, embora a Constituição institucionalize a sociedade plural, contemplando valores e interesses, dada a hipercomplexidade social, sendo raro o consenso, caberá a democracia participativa, possibilitar que se perfaçam os anseios do constituinte ao harmonizar os dissensos e gerar estabilidade social. Também, assegurar a mutação do resultado das deliberações, sempre reversíveis, com possibilidade de adequação às novas realidades.

Assim, constata-se que a efetividade da democracia não se esvai com o reconhecimento do cidadão como sujeito de direitos e deveres, muito menos com a participação em eleição, mas engloba a igualdade política para que efetivamente possa participar de forma ativa na construção do Estado de Direito no espaço público.

Para além, os benefícios da participação e consensualidade extrapolam a seara da legitimidade, vindo a corroborar, inclusive, com o atendimento das exigências do artigo 37 da Constituição Federal pela Administração.

<sup>14</sup> BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 66.

<sup>15</sup> MORAES, Alexandre et al (org.). Constituição Federal Comentada. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 7.

<sup>16</sup> Ao tratar do princípio da participação administrativa no Estado de Direito, Rafael Carvalho Rezende, destaca, que: "A consagração de um Estado de Direito reforça a democracia nos Estados Contemporâneos e, em especial, no ordenamento jurídico brasileiro, abalada pela crise da democracia representativa e do mito liberal de completude da lei. É justamente em razão disso que a participação administrativa ganha força e consubstancia-se em

um verdadeiro princípio, cujo fundamento constitucional é o art. 1º". – (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Democratização da administração pública e o princípio da participação administrativa. Revista da Emerj, 1998. v. 9. n. 35. p. 158 – 176, 2006. Rio de Janeiro.

<sup>17</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 76 – 90.

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa (por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 345.

O consenso-negociação faz com que a administração se volte para a coletividade, com identificação dos interesses que busca estabelecer. Com isso, a discricionariedade, unilateralidade e autoritarismo das decisões ficam de lado, a medida que ocupa um lugar de mediadora, que dirime conflito de interesses, desempenhando tarefa que, agora, é aberta a colaboração<sup>19</sup>.

Inobstante, embora tão óbvia e natural possa parecer a democracia como algo que "está à nossa volta como as mesas e cadeiras e o ar que respiramos, normalmente tido como concedidos [...]", verdade seja dita, sua legitimidade e eficácia tem perpassado por verdadeira crise. Conforme destaca Maritain<sup>20</sup>, "A tragédia das democracias modernas é que ainda não conseguiram realizar a democracia" por completo.

Na Teoria Constitucional da Democracia Participativa, ceticamente, Bonavides<sup>21</sup> sinalizava uma inevitável fragilização da democracia em países de modernidade tardia advertido que "somos uma democracia bloqueada, uma democracia sem povo", também apontando para o descrédito dos poderes políticos no Brasil.

De fato, a fragilização dos poderes político e inoperância é evidente. Basta ver o fenômeno do alargamento da jurisdição que passa a ser provocada recorrentemente a atuar, até mesmo em questões políticas.

Bonavides<sup>22</sup> conclui, desta forma, pela necessidade de se fazer valer a vontade Constitucional com a introdução de mecanismos de democracia participativa, aptos a engajar o povo soberano na tomada de decisão. Assim, gradativamente, via consenso, se resgatará a legitimidade democrática constitucional, naquilo que chama de "repolitização da legitimidade". Mas, ressalta, a transição se dará de forma gradual. Antes de mais nada, é preciso aprender a participar e a educação política se dá justamente por meio da participação.

Conforme destaca Victoriano<sup>23</sup>, só " [...] se aprende a participar, participando. Só nos tornamos verdadeiramente democráticos, se praticarmos a

democracia quotidianamente. A educação política se dá na prática política. Não foi inventado de outro jeito". Daí o caráter eminentemente educativo da cidadania participativa e participação popular

### 3 TEMPLOS LÍQUIDOS: O CONFLITO E O PROCESSO NA SOCIEDADE DO LITÍGIO

É da natureza do homem ser um animal social que vive em comunidade, convivendo e socializando, do início ao fim de sua vida.

Conforme destaca Rodrigues, "É historicamente impossível conceber um Homem-solitário, exceto por limitados espaços de tempo, havendo uma propensão inata e natural para o ser humano se agregar em comunidades"<sup>24</sup>.

Na mesma linha, Gimenez, Del'Olmo e Angelin<sup>25</sup>, sinalizam a impossibilidade do ser feliz isolado em uma comunidade infeliz, já que é a própria sociedade que "[...] contribui na construção da felicidade e do bem-estar daqueles que nela vivem e compartilham, ao passo que transmite segurança (lugar da liberdade), paridade (no lugar da igualdade) e rede (no lugar da fraternidade) [...]"

O viver em comunidade é condição ontológica do ser humano<sup>26</sup> e que envolve "[...] relações de convívio pessoal, intimidade, afeto, solidariedade, compromisso com o bem comum, apoiadas no sentimento de confiança e reciprocidade"<sup>27</sup>.

De outro giro, as relações humanas podem dar-se de forma cooperativa, competitiva ou conflituosa. Mas, o litígio é inevitável mesmo nas sociedades mais pacíficas. Sua natureza é relacional, natural à interação social, de forma que onde houver sociedade, necessariamente, haverá litígio como parte das relações humanas.

<sup>19</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 41.

<sup>20</sup> In: ALEIXO, José Carlos Brandi. *Democracia representativa*. Revista de Informação Legislativa. a. 14, n. 53, p. 67 - 92, jan.-mar. 1977. p. 79.

<sup>21</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa (por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 10.

<sup>22</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa (por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 160. p. 10.

<sup>23</sup> VICTORIANO, Marcia Regina. *Capacitando para a democracia participativa*. Revista Avesso do Avesso, Araçatuba, v. 1., n. 1., p. 87 - 97, jun. 2003.

<sup>24</sup> RODRIGUES, Cláudio Ferreira. *Curso de Constitucional: Normatividade Jurídica*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. ISBN 978-85-99559-14-7. p. 46.

<sup>25</sup> GIMENEZ, Charlise Paula Colet; DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ANGELIN, Rosângela. *Dos direitos humanos e dos conflitos na sociedade líquida pós-moderna*. 2017. p. 262.

<sup>26</sup> GIMENEZ, Charlise Paula Colet; DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ANGELIN, Rosângela. *Dos direitos humanos e dos conflitos na sociedade líquida pós-moderna*. 2017. p. 262.

<sup>27</sup> SCHMIDT, João Pedro. *Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica*. In: *Ciências Sociais Unisinos*. São Leopoldo, v. 47, n. 3, p. 300 - 313, set/dez 2011. p. 312.

Segundo explica Birnbaum, o conflito não “[...] está, portanto, circunscrito a uma etapa particular da evolução supostamente disfuncional da humanidade. Com Weber, a novação de conflito adquire uma nova dimensão, já que se torna natural ao mundo social; perde o caráter “patológico” e transforma-se num conceito analítico aplicável a todo sistema social”.<sup>28</sup>

Assim, elemento fisiológico da estrutura humana que é, o conflito em si é positivo por provocar mudanças na sociedade, permitindo o desenvolvimento do sujeito, constituindo-se forma de socialização.<sup>29</sup> Isto é, de interação entre os indivíduos no seio da sociedade.

Se nas comunidades primitivas, diante do conflito, recorria-se a autotutela ou vingança privada, ao se deparar com os seus riscos e danos, a solução passou a ser atribuída a terceiro, facilitador ou árbitro, com posição respeitável, pretendendo visando a obtenção de uma solução consensual; tendo sido, mais tarde, delegada ao Estado.

Nasce, assim, o processo judicial como monopólio do Estado. Conforme já dizia o brocardo romano, *ubi societas ibi jus*, isto é, onde houver sociedade, haverá o Direito, com a função precípua de exercer o controle social.

Em contrapartida, juridicamente, o conflito é tido como “uma contraposição intersubjetiva de direitos e obrigações, como um fenômeno que se produz quando, a respeito de um mesmo bem”, coexistem pretensões distintas, com o litígio sendo, classicamente, “uma das formas de resolver uma disputa legal”<sup>30</sup>.

Destacam Junior e Borges<sup>31</sup> que, a princípio, a resolução do conflito, que vier a se manifestar no plano intersubjetivo, ou mesmo nas relações entre indivíduo-Estado, será o fim a que se destinará o Estado juiz. Caberá a ele se colocar “[...] neste espaço de pressão e de inquietude entre os fatos e seus estados e a própria experimentação material do direito [...]”, em meio ao estiramento social, para examinar, evidenciar, avaliar escolhas, presumir respostas, “[...] construindo raciocínios e promovendo a própria degustação do Direito”.

Nesta linha, passa a ter, o Judiciário, o monopólio para julgar e resolver as contraposições

oriundas das relações intersubjetivas. Ao dizer quem tem o direito no caso concreto, exercendo seu poder soberano e independente, classicamente, pretende-se que coloque fim ao conflito, assegurando os fins constitucionalmente eleitos<sup>32</sup> e a pacificação social.

Diante disto, quanto ao exercício jurisdicional no Estado moderno, Grinover, Cintra e Dinamarco<sup>33</sup> o conceituam como sendo um desmembramento do próprio poder estatal que, quando provocado, exerce função pacificadora, com vias a colocar fim aos conflitos interindividuais, através de decisão imposta, relativa às pretensões apresentadas.

Em síntese, em uma acepção clássica, é a jurisdição “[...] uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça<sup>34</sup>”.

Em contrapartida, Theodoro Júnior<sup>35</sup> a define, não como poder, mas função estatal. A função que o Estado tem de declarar e realizar a vontade da lei de forma concreta, ante eventual controvérsias, uma atividade “[...] desinteressada de conflito”.

Quanto à sua finalidade última, destacam, Grinover, Cintra e Dinamarco<sup>36</sup>, a jurisdição tem o papel de “eliminar os conflitos individuais e com isso fazer justiça em casos concretos”. Destacam, ainda, a realização do bem comum mediante a pacificação obtida com a justiça.

Já, para Theodoro Júnior<sup>37</sup>, se promove com a justa composição do litígio. Reestabelecida a ordem jurídica, elimina-se o conflito e, por corolário, alcança-se a paz social, sendo a obtenção desta o fim último almejado.

Com a virada axiológica para o Estado Democrático de Direito, a jurisdição despontou “[...] como a grande caixa de ressonância dos anseios por

<sup>28</sup> BIRBAUM, Pierre. O Conflito. In: Raymond Boudon (org.). Tratado de Sociologia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995. p. 256.

<sup>29</sup> SIMMEL, Georg. El Conflicto: Sociología del antagonismo. Trad. Javier Eraso Ceballos. 2. ed. Madrid: Sequitur, 2013.

<sup>30</sup> GORCZEWSKI, Clovis. Jurisdição Paraestatal: solução de conflitos com respeito à cidadania e aos Direitos Humanos na sociedade multicultural. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007. p. 32.

<sup>31</sup> JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz; BORGES, Guilherme Roman. A superação do direito como norma. Uma revisão descolonial do direito brasileiro. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. p. 16 – 18.

<sup>32</sup> GORCZEWSKI, Clovis. Jurisdição Paraestatal: solução de conflitos com respeito à cidadania e aos Direitos Humanos na sociedade multicultural. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007. p. 42.

<sup>33</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Teoria geral do processo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 24.

<sup>34</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Teoria geral do processo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 24.

<sup>35</sup> THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 34.

<sup>36</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Teoria geral do processo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 24.

<sup>37</sup> THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 34.

concretização” de direitos (e cumprimento das promessas previstas constitucionalmente) [...] <sup>38</sup>”.

Como resultado da inoperância dos demais poderes políticos, o Judiciário teve ampliado seu papel de atuação, tido “como última instância de deliberação capaz de efetivar e/ou assegurar direitos fundamentais <sup>39</sup>”. Dado isso, o correlato acesso à Justiça torna-se símbolo do próprio exercício da democracia no espaço público.

Por corolário, ao mesmo tempo em que da jurisdição se passa a exigir um atuar efetivo, com tutela bastante adequada tornou-se inevitável, diante da constitucionalização, “o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário <sup>40</sup>”, que provoca, “[...] no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais <sup>41</sup>”.

Dado isso, a crise da justiça torna-se inevitável com entraves a entrega tempestiva e satisfativa da tutela jurisdicional.

Para além, a sociedade contemporânea foi responsável por tornar cada vez mais complexas e voláteis as relações emergentes, gerando uma verdadeira crise de sentidos, com a instabilidade e liquidez intensificando ainda mais a crise do litígio.

Ao tratar da virtualização da sociedade e do impacto das redes sociais no contexto contemporâneo Tércio Sampaio e Guilherme Roman <sup>42</sup> destacam que, após uma década, a vida, os valores, as formas de escolha, padrões de decisão, vida pessoal e em sociedade, modos de ser e agir, tudo, se flexibilizou, com formação de uma multiplicidade de valores e hierarquias, cada vez mais heterogêneos e múltiplos.

O contexto, propício para a crise dos sentidos, foi responsável, segundo os autores, pela desestabilização do papel do Estado, que passa a precisar aglutinar processos, num contexto em que o solopismo moral, metafísico e gnosiológico que se sobrepõe.

Enuncia Marcelo Neves <sup>43</sup>, nesta linha, que a hipercomplexidade da contemporaneidade faz do consenso algo eventual, de modo que se deve buscar absorver o dissenso por intermédio de um acordo que contemple as diferenças, as divergências morais e interesses subjetivos.

Inobstante, embora a Constituição Federal assinala a democracia no Brasil, marcada pela intensa participatividade como elemento legitimador, o Processo Civil, até então, nos moldes em que foi estruturado, seguia lógica antagônica, instituindo modelo polarizado, adversarial e pouco participativo. Basta vez a concepção clássica, estritamente formal, acerca do papel da jurisdição trazida anteriormente.

A disputa exclusivamente judicial acaba por frustrar a autonomia, cooperatividade e participatividade das partes para que resolvam autonomamente os seus conflitos, tendo por produto uma sociedade eminente litigante, voltada ao embate e terceirização dos conflitos, com resultado sempre soma zero.

Completamente arritmico, adotando via exclusivamente heterocompositiva, procedimentalista e burocratizada, o Código de Buzaid passou a representar barreira a concretização dos fins constitucionalmente eleitos, que posicionaram a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico, situando as partes em posição de passividade à espera da resolução a ser imposta por terceiro, responsável por dizer quem tem a razão, ganhou e perdeu, no caso concreto.

Para Crespo <sup>44</sup>, a participação é fundamental à redução do descompasso entre a lei e a realidade, mas os códigos existentes na América Latina, por, em sua maioria, serem importados da Europa, acabam dela carecendo. Ao mesmo tempo, a passividade impede a obtenção de melhores soluções para todos os envolvidos.

A delegação da resolução dos conflitos, dentro da lógica meramente processual, como via exclusiva prevista no Código arritmico, também deixa de lado questões fundamentais, como os sentimentos das partes, interesses e posições, essenciais para uma resolução que se pretenda efetiva.

<sup>38</sup> NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 4, n. 4., 2009.

<sup>39</sup> LINHARES, Emanuel Andrade et al (org.). Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 7.

<sup>40</sup> BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

<sup>41</sup> SOUZA NETTO, José Laurindo de Souza. A evolução da jurisdição para uma perspectiva transformadora: a necessária compreensão crítica da realidade. Revista do Instituto de Direito Brasileiro.

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano, v. 1, 2012. p. 3122.

<sup>42</sup> JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz; BORGES, Guilherme Roman. A superação do direito como norma. Uma revisão descolonial do direito brasileiro. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. p. 16 – 18.

<sup>43</sup> NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 144.

<sup>44</sup> ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; Crespo, Mariana Hernandez. Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de soluções de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/10361>. Acesso em: 5 abr. 2021.



Conforme preceitua Antônio Carlos Ozório Nunes<sup>45</sup>, no processo de comunicação há fatores muito mais relevantes que transcendem a palavra, “comunicamos principalmente através das emoções, do sorriso, do timbre de voz, do olhar, do vestuário, do aperto de mão, do gesto, da postura corporal, da vontade de ouvir e até mesmo do brilho no olhar”.

Assim, além de ir na contramão da participatividade, sustentáculo da democracia, o modelo vigente distancia a jurisdição de seu fim último, tornando-a incapaz de efetivamente resolver os conflitos de interesse trazidos, com a pacificação social.<sup>46</sup>

Em crise, o modelo anterior é substituído por um paradigma engajador de solução de conflitos adotado pela legislação que lhe sucede.

#### **4 AGIR COMUNICATIVO, FRATERNIDADE E DEMOCRACIA – PROCESSO PARA ALÉM DOS AUTOS**

A democracia se mantém quando cultivada, com a participação da população no seio da sociedade, exercendo ativamente a cidadania.

Não existe democracia sem participação social, mas também a cidadania só poderá ser exercida no contexto de um Estado Democrático de Direito, sendo dele elemento legitimador. Conforme destaca Bonavides, “a posição passiva em face da coisa pública faz súditos, e não cidadãos<sup>47</sup>”.

Passados mais de 30 anos do início do processo de redemocratização engendrado pela Constituição Federal, a ausência de mobilização do povo, “[...] descrito como passivo demais, sem muita consciência política”, faz da “[...] letargia político-social” característica que marca a história política do Brasil.<sup>48</sup>

A exígua participatividade no espaço público se faz presente na alta taxa de litigiosidade dos Tribunais – a grande caixa de ressonâncias das questões políticas e sociais do país, com aumento significativo da demanda por justiça.

Questões envolvendo políticas públicas, relações entre poderes e direitos fundamentais, são

trazidas para resolução pelo judiciário, com jurisdição extremamente alargada, naquilo que ficou conhecido como judicialização da política. De modo paradoxal, agora, caminha-se em sentido contrário, quando da “explosão de litigiosidade que judicializou o social”, em um processo de “desjudicialização” da resolução dos conflitos<sup>49</sup>.

Diante deste cenário, Bonavides<sup>50</sup> adverte a necessidade de uma implementação gradativa da participatividade, característica da democracia, no contexto de um país em que os cidadãos não estão acostumados com o “exercício do protagonismo constitucional”.

Explica Linhares<sup>51</sup>, do mesmo modo, que a participatividade “[...] precisa ser erigida aos poucos até que um dia possa ser naturalmente assimilada como elemento intrínseco à cultura política nacional”.

O Código de Processo Civil de 1973, abarrotado de placas europeias, não apenas acentuou o descompasso entre a lei e a realidade, instaurando uma crise sem precedentes, com a disfuncionalidade do sistema jurídico-processual e fragilização dos mecanismos de implementação de direitos, mas uma verdadeira crise de representatividade, contribuindo para o desgaste da democracia à medida do aumento da litigiosidade.

Uma vez formalista, burocratizado, prevendo com exclusividade a via heterocompositiva, fomentou a adoção pelas partes de postura passiva, pouco participativa e muito dependente do Estado.

O Código de Buzaid nada mais é do que reflexo da realidade de toda a América Latina que tem seus códigos como sendo meros produtos do direito europeu, muito formalista, pouco participativo e em completa dissonância com a heterogeneidade existente.

Carecendo de participação, a legislação processual resulta em uma “resolução de conflitos que “[...] opera em uma área de “pálida sombra da lei”, adverte Crespo<sup>52</sup>

<sup>45</sup> NUNES, Antônio Carlos Ozório. Manual de Mediação: Guia Prático da Autocomposição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 168.

<sup>46</sup> WARAT, Luis Alberto. Educação, Direitos Humanos, Cidadania e Exclusão Social: Fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação. [recurso eletrônico]: 2003. p. 13.

<sup>47</sup> BONAVIDES, Paulo. A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 2.

<sup>48</sup> LINHARES, Emanuel Andrade et al (org.). Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

<sup>49</sup> FOLEY, Glaucia Falsarella. Justiça Comunitária – Por uma Justiça da Emancipação. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 66.

<sup>50</sup> BONAVIDES, Paulo. A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 21.

<sup>51</sup> LINHARES, Emanuel Andrade et al (org.). Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 24.

<sup>52</sup> In: ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; Crespo, Mariana Hernandez. Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de soluções de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/10361>. Acesso em: 5 abr. 2021. p. 41.

No mesmo sentido, Tercio Sampaio Ferraz Junior e Guilherme Roman Borges<sup>53</sup> chamam atenção ao fato de que, no Brasil, a sistemática, a ciência jurídica e a dogmática do direito passaram por um processo de mero transplante e assimilação da teoria europeia, como espécie de produtos da própria colonialidade do poder e do ser latino-americano precedente, o que causou uma assincronicidade entre a teoria contida nos regramentos e a realidade prática.

Destacam, ainda, que a ação é social, de sorte que toda experiência vivida é produto da consciência, por ela situada no contexto de relações outras anteriormente experimentadas<sup>54</sup>.

Uma vez que a parte, dentro de um litígio que lhe envolva na esfera privada não seja acostumada, ou incentivada, ao diálogo, a resolução pacífica e autocompositiva, mas a lide resistida, a contenda no Judiciário, resolvida pelo Estado paternal, em uma posição passiva, falta-lhe a experiência prévia a lhe capacitar para que se envolva participando significativamente, também, na esfera pública.

Neste sentido, considerando que só se aprende a participar participando, e a função orientadora e estabilizadora dos sentidos, exercidas pelos códigos, sejam normativos, sejam éticos, cuja repetição exaustiva e padronizada é responsável por formar tradições e conservar os sentidos<sup>55</sup>. Também, a ação, como um agir social motivado por experiências múltiplas vivenciadas pelos agentes, extrai-se a importância de uma legislação que inspire a participatividade, o agir dialógico e comunicativo. Isto é, a formação de uma sociedade que participe com intensidade da democracia legitimando-a em vários momentos.

Tanto a Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu Política Judiciária Nacional de Resolução Adequada de Conflitos, como o Código de Processo Civil, que veio a instrumentalizar e reforçar a resolução, instituindo o Tribunal Multiportas, e a Lei 13.140/2015, todos, a se complementar, foram essenciais a mudança de paradigma rumo a uma justiça pacífica, dialógica e participativa de resolução de conflitos.

No Código de Processo Civil de 2015, a opção pelo modelo de uma justiça transformadora, mais participativa, cooperativa e dialógica, em detrimento da

heterocompositiva, passiva e impositiva, se revela em vários momentos, evidenciando uma autêntica revolução paradigmática no Processo Civil, com efeitos que extrapolam os autos, auxiliando na formação de uma nova cultura, mais participativa, também na esfera pública.

Ao todo, são 22 ocorrências sobre a mediação no diploma, conforme Tartuce<sup>56</sup>, sendo que, já de início, na parte geral, há toda uma seção voltada aos mediadores e conciliadores entre os auxiliares da justiça. Bem como, o capítulo V, que vem a tratar especificamente da audiência de conciliação e mediação que é mencionada nos §§1º e 2º.

Ainda, há a adoção expressa pelo código do modelo de um Tribunal Multiportas, no §1º do artigo 3º, com a possibilidade da arbitragem e a obrigatoriedade da mediação ou conciliação, em sede preliminar, antes mesmo de polarizada a lide (art. 334, caput).

No §2º do mesmo artigo, o Código ressalta a predileção pela solução consensual que deverá ser promovida pelo Estado, sempre que possível. Caberá, neste sentido, aos partícipes do processo, juízes, advogados, defensores e Ministério Público, até mesmo no curso do processo judicial, estimulá-la.

O modelo de uma justiça transformadora vai ao encontro do que preceitua a Constituição Federal que acolhe o princípio da solução adequada dos conflitos de interesses e estimula a solução pacífica ao dispor, no art. 5º, inciso XXXV, sobre o acesso extremamente adequado à justiça com entrega de uma tutela extremamente adequada e satisfativa.

A justiça consensual é constituída pela mediação, negociação e conciliação que, juntas, ao lado da jurisdição e arbitragem, compõe o Tribunal Multiportas, dentro de um modelo de processo dialógico cooperativo, que tem por fundamento político justamente a maior participação das partes, auxiliadas pelo mediador, ou conciliador, na solução do conflito, elemento “[...] característico da democracia participativa, com seus vários momentos em que a sociedade é chamada a atuar”<sup>57</sup>

<sup>53</sup> JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz; BORGES, Guilherme Roman. A superação do direito como norma. Uma revisão descolonial do direito brasileiro. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. p. 16 – 18.

<sup>54</sup> JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz; BORGES, Guilherme Roman. A superação do direito como norma. Uma revisão descolonial do direito brasileiro. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. p. 26.

<sup>55</sup> JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz; BORGES, Guilherme Roman. A superação do direito como norma. Uma revisão descolonial do direito brasileiro. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. p. 29.

<sup>56</sup> TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. 2013. In: FREIRE, Alexandre; MEDINA, José Miguel Garcia; DIDIER JR, Fredie; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro (org.). Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Disponível em: [www.fernandartartuce.com.br/rtigosdaprofessora](http://www.fernandartartuce.com.br/rtigosdaprofessora). Acesso em: 27 mar. 2020.

<sup>57</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; CÂNDIDO, Rangel Dinamarco. Teoria Geral do Processo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 3.

A resolução voltada a pacificação, com a colaboração direta dos envolvidos, é capaz de transformar o conflito em um espaço de “[...] reintegração da desordem, o que significa uma verdadeira revolução social que possa refutar o espírito, os usos e costumes pouco democráticos e pouco autônomos impostos aos conflitantes<sup>58</sup>”.

Além disso, diferentemente do que ocorre na lógica do litígio, necessariamente soma zero, a resolução construída pelas partes com auxílio de terceiro, neutro, imparcial, contribui para que de forma voluntária se chegue a uma solução muito mais aceitável e satisfativa, com pacificação social.

Também, às questões essenciais ao litígio, “o conflito sociológico, do qual a “lide” é apenas a ponta do iceberg<sup>59</sup>”, que usualmente ficariam de lado no processo judicial, conquanto análise apenas àquela parte do litígio trazida aos autos, não são deixadas de lado. A solução é, assim, muito mais efetiva e satisfativa.

Há, ainda, a redução dos custos e danos psicológicos enfrentados pelas partes, mesmo quando encerrado o relacionamento, ao mesmo tempo em que são fortalecidas a confiança e o respeito. Os resultados são transformadores, transcendendo a relação jurídica processual.

Inobstante, no âmbito da linha principiológica adotada pelo Código, há a previsão, para além da efetividade e adequação, do princípio da cooperação. Conforme preceitua o artigo 6º do Código de Processo Civil, “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

O instituto do negócio jurídico processual (NJP) também vem a possibilitar que às partes de um negócio jurídico possam estipular os atos processuais a serem, ou não, praticados, diante do ajuizamento de uma ação. Seja em contrato, acordo ou convenção, ou até mesmo antes ou durante o procedimento judicial. O instituto fomenta o diálogo e cooperação entre as partes no exercício da autonomia da vontade.

O modelo de uma justiça mais participativa proporciona às partes protagonismo na resolução dos seus conflitos, tendo por resultado maior

comprometimento, responsabilização, ao conferir mais eficiência e transparência, com estímulo da paz.

Para Crespo<sup>60</sup>, o Tribunal Multiportas faz parte “de uma solução sistêmica para um futuro melhor”, uma vez que o estímulo da participação e a experiência vivida auxiliem na aquisição de competências necessárias a uma interferência significativa cada vez maior nas decisões públicas.

Além disso, ao romper com “[...] um padrão binário de passividade ou agressão[...]” e “[...] abrir um leque de opções [...]”<sup>61</sup>, os métodos autocompositivos transformam não apenas o processo, mas contrabalanceiam as forças de exclusão com aprimoramento da qualidade da participação.

Ao participarem, ou serem estimuladas a resolução autônoma, pacífica, cooperativa e dialógica, as partes, trarão consigo a experiência, valores e expertises apreendidas no âmbito privado para a esfera pública.

A função contra-fática desempenhada pela experiência de resolução autônoma será capaz de gradativamente modificar os padrões de inércia e passividade até então existentes.

Consoante destaca Crespo<sup>62</sup>, preparando “[...] cada pessoa que entrar no Tribunal Multiportas a lidar efetivamente com os conflitos, essas habilidades poderiam passar do âmbito privado para a esfera pública”.

Trata-se de uma nova perspectiva cultural de superação da passividade que empodera às partes para que, juntas, de forma pacífica e autônoma, possam resolver seus conflitos com atendimento de interesses múltiplos.

Diante disto, tem-se a Justiça Multiportas, máxime, a via autocompositiva, como essencial ao cultivo da Democracia e cidadania ativa, com impactos para além da lide.

Conquanto alargue os espaços de diálogo, a resolução colaborativa resgata e incentiva, ou melhor,

<sup>58</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. A “jurisconstrução” de uma resposta para os conflitos sociais a partir das “alternative dispute resolution”(adr) no brasil. Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2015. p. 25-26.

<sup>59</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. O novo código de processo civil. Questões controversas. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-970-0235-5. p. 3.

<sup>60</sup> ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; Crespo, Mariana Hermandez. Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de soluções de conflitos no Brasil. Rio de

Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/10361>. Acesso em: 5 abr. 2021. p. 81.

<sup>61</sup> ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; Crespo, Mariana Hermandez. Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de soluções de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/10361>. Acesso em: 5 abr. 2021. p. 121.

<sup>62</sup> ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; Crespo, Mariana Hermandez. Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de soluções de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/10361>. Acesso em: 5 abr. 2021. p. 82.

ensina, para que, posteriormente, se participe e exercite a cidadania ativa também no espaço público.

Convidando-se a dialogar e a participar efetivamente na esfera privada aprende-se a fazer o mesmo quanto às questões do Estado. Além disso, os ganhos também são vistos em termos de efetividade.

Cuida-se de uma nova forma, mais customizada, humanizada, dialógica de se resolver os conflitos de interesse e que permite, sobretudo, uma tutela extremamente adequada da pessoa humana, com satisfatividade, como resultado da entrega da prestação jurisdicional.

Mais que isso, a sistemática Multiportas é instrumento valioso na realização da cidadania ativa com o robustecimento da Democracia, ideias que devem ser cultivadas dia a dia nas questões políticas e sociais que dizem respeito ao cotidiano da população conferindo legitimidade em oportunidades várias.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo constatou que a democracia autêntica não se esvai com o reconhecimento do cidadão como sujeito de direitos e deveres, nem mesmo com a mera participação em eleição. Está atrelada também a autodeterminação coletiva, com intensa, igualitária e efetiva participação popular nas decisões e escolhas dos governantes, como elemento legitimador. Assim, já de início, deixa claro a Constituição, no decorrer do artigo 1º, ao prever a adoção de mecanismos de ampliação da eficácia da representatividade.

Em contrapartida, o transplantar puro e simples da legislação europeia e do direito como um todo foi responsável pela adoção de um Código, por muito tempo vigente, disfuncional, formalista e burocratizado, que pouco contribuiu para a formação de uma cultura participativa.

O Código de Processo Civil de 1973 sedimentou, no país, uma cultura eminentemente litigante, de inércia.

A ausência prolongada de experiências participativas no processo extrapolou a seara privada, acarretando uma verdadeira crise de participatividade, que acentuou a crise das instituições e da própria democracia.

O Código de Processo Civil, ao promover uma verdadeira revolução processual, adotando um modelo participativo, dialógico, cooperativo e fraterno, que conta com diversos encaminhamentos de resolução, servirá de experiência prévia contrafática que capacitará à participação, também, na esfera pública,

mudando padrões de inércia e passividade até então existentes.

Em contrapartida, a implementação da participatividade é processo gradual em um país em que a população ainda não está acostumada com o "exercício do protagonismo constitucional"<sup>63</sup>.

Pouco a pouco, aprende-se, na prática, a participar. Do seio do processo, do conflito privado, gradualmente, a experiência é trazida para o público, quando, a cidadania ganha corpo, tornando-se, ao fim, algo natural, um elemento cultural interno, que fará da cultura do litígio relato do passado medieval.

---

<sup>63</sup> BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Educação para a democracia. Lua Nova: Revista de cultura e política, n. 38, p. 223 - 237, 1996.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz; BORGES, Guilherme Roman. A superação do direito como norma. Uma revisão descolonial do direito brasileiro. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

ALEIXO, José Carlos Brandi. Democracia representativa. Revista de Informação Legislativa. a. 14, n. 53, p. 67 - 92, jan.-mar. 1977.

ALENCAR, José de. Sistemas representativos. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1868.

ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; Crespo, Mariana Hernandez. Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de soluções de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/10361>. Acesso em: 5 abr. 2021.

ARENDT, Hannah. A condição humana. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Educação para a democracia. Lua Nova: Revista de cultura e política, n. 38, p. 223 - 237, 1996.

BIRBAUM, Pierre. O Conflito. In: Raymond Boudon (org.). Tratado de Sociologia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

BONAVIDES, Paulo. A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa (por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; CÂNDIDO, Rangel Dinamarco. Teoria Geral do Processo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FILARDI, Hugo. Democracia e Processo – Breves reflexões sobre a influência do Estado Democrático de Direito na prestação da tutela jurisdicional. Revista de Direito, v. 63, 2004.

FOLEY, Glaucia Falsarella. Justiça Comunitária – Por uma Justiça da Emancipação. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet; DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ANGELIN, Rosângela. Dos direitos humanos e dos conflitos na sociedade líquida pós-moderna. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. v. 37. n. 2. jul./dez. 2017.

GORCZEWSKI, Clovis. Jurisdição Paraestatal: solução de conflitos com respeito à cidadania e aos Direitos Humanos na sociedade multicultural. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. O novo código de processo civil. Questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-970-0235-5.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Teoria geral do processo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

LINHARES, Emanuel Andrade et al (org.). Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

MORAES, Alexandre et al (org.). Constituição Federal Comentada. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

NUNES, Antônio Carlos Ozório. Manual de Mediação: Guia Prático da Autocomposição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 4, n. 4., 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Democratização da administração pública e o princípio da participação administrativa. Revista da Emerj, 1998. v. 9. n. 35. p. 158 – 176, 2006. Rio de Janeiro.

RODRIGUES, Cláudio Ferreira. Curso de Constitucional: Normatividade Jurídica. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. ISBN 978-85-99559-14-7.

ROSENFELD, Denis L. O que é democracia. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

SANTOS, Boa Ventura de Souza. Reinventar a democracia. 2. ed. Lisboa: Gradiva.

SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. In: Ciências Sociais Unisinos. São Leopoldo, v. 47, n. 3, p. 300 - 313, set/dez 2011.

SIMMEL, Georg. El Conflicto: Sociologia del antagonismo. Trad. Javier Eraso Ceballos. 2. ed. Madrid: Sequitur, 2013.

SOUZA NETTO, José Laurindo de Souza. A evolução da jurisdição para uma perspectiva transformadora: a necessária compreensão crítica da realidade. Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano, v. 1, 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion. A "jurisconstrução" de uma resposta para os conflitos sociais a partir das "alternative dispute resolution"(adr) no brasil. Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2015.

STRAUSS, Leo. La ciudad y el hombre. Buenos Aires: Katz, 2006.

TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. 2013. In: FREIRE, Alexandre et al (org.). Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Disponível em: [www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora](http://www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora). Acesso em: 27 mar. 2020.

THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1.

VICTORIANO, Marcia Regina. Capacitando para a democracia participativa. Revista Avesso do Avesso, Araçatuba, v. 1., n. 1., p. 87 – 97, jun. 2003.

WARAT, Luis Alberto. Educação, Direitos Humanos, Cidadania e Exclusão Social: Fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação. [recurso eletrônico]: 2003

## COMBATE À DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NO TRABALHO



**Maria Lúcia Cardoso de Magalhães<sup>1</sup>**

A dignidade da pessoa humana foi a grande inspiradora da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 que serviu de tema central de muitas Constituições. A dignidade é inerente a todo ser humano e retrocessos não devem ser admitidos. A respeito desse valor não pode haver concessão de nenhuma espécie. Trata-se de um direito fundamental, decorrente da própria vida, com reflexos difusos sobre o seio social, uma vez que envolve todas as civilizações ao longo de toda a história da humanidade. No entanto, a despeito de toda a luta, muitas desigualdades ainda sobrevivem até os nossos dias. O objetivo desse artigo é pontuar a questão da discriminação contra a mulher em seu ambiente de trabalho, fazendo uma rápida retrospectiva das legislações internacionais e nacionais que regem a matéria bem como as pertinentes ações afirmativas, como as políticas públicas e as cotas de gênero.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dignidade da Pessoa Humana – Discriminação do Trabalho da Mulher – Leis Protetivas – Ações Afirmativas

---

<sup>1</sup> Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – MG. Mestranda no programa de Pós-graduação stricto sensu em direito da Universidade FUMEC, Mestrado Acadêmico em Instituições Sociais, Direito e Democracia. E-mail: maludemagalhaes@gmail.com

## FIGHTING DISCRIMINATION AGAINST WOMEN AT WORK

The dignity of the human person was the great inspirer of the Universal Declaration of Human Rights, of 1948, which served as the central theme of many Constitutions. Dignity is inherent to every human being and setbacks should not be accepted. There can be no concession of any kind regarding this amount. It is a fundamental right, arising from life itself, with diffuse reflections on the social core, since it involves all civilizations throughout the history of mankind. However, despite all the struggle, many inequalities still survive to this day. The objective of this article is to point out the issue of discrimination against women in their work environment, making a quick retrospective of the international and national legislation that governs the matter, as well as the pertinent affirmative actions, such as public policies and gender quotas.

**KEYWORDS:** Dignity of the Human Person – Discrimination against Women's Work – Protective Laws – Affirmative Actions



## INTRODUÇÃO

A luta pela igualdade de condições entre homens e mulheres no ambiente de trabalho ainda é longa e árdua, tendo sido marcada por avanços e retrocessos.

A inserção da mulher no mercado de trabalho foi lenta e gradativa na história e ainda, por certo, precisa evoluir muito mais.

De fato, as duas grandes guerras mundiais foram responsáveis em parte pelos espaços ocupados pelas mulheres no mercado de trabalho, ainda que os meios de comunicação continuassem a reforçar a imagem da mulher como mãe e dona de casa.

No final dos anos de 1960, os primeiros passos foram dados para a construção de uma teoria feminista que, além de enunciar as desigualdades e reivindicar direitos iguais, passou a questionar as raízes culturais dessas desigualdades.

Nos anos de 1970, o movimento feminista ressurgiu com uma nova perspectiva e inegável força política, o que contribuiu também para a formação de uma consciência a respeito das condições das mulheres em todas as esferas (política, acadêmica, do trabalho, etc.).

Em 1975 foi decretado pela Organização das Nações Unidas (ONU) o Ano Internacional da Mulher, na Conferência Mundial do México, o que revigorou o movimento feminista.

Na década de 1980, foram aprofundados estudos sobre a condição da mulher e elaborado o conceito de gênero.

No ano de 1993, em Viena, na Áustria, a ONU realizou a Conferência Mundial dos Direitos Humanos, reforçando a proteção dos direitos humanos das mulheres.

Motivadas pela esperança da igualdade, surgiram organizações de mulheres em todo mundo, dando origem a um dos movimentos mais consagrados da história.

No fim do século XIX e início do XX, o feminismo defendia direitos igualitários de propriedade, voto, contrato, autonomia, integridade do corpo, dentre outros, sendo que tais conquistas foram incorporadas por inúmeros países, inclusive pelo Brasil.

Neste artigo fazemos um "vol d'oiseau" sobre as normas internacionais, regionais e nacionais que visam proteger a mulher trabalhadora bem como a evolução constitucional que ocorreu no Brasil a respeito do tema.

Fazemos uma retrospectiva histórica sobre a discriminação da mulher no mercado de trabalho e comentamos sobre as ações afirmativas e cotas que ainda se fazem necessárias para superar a questão de desigualdade de gênero.

Entretanto, a discriminação e o desrespeito contra a mulher não são prerrogativas das relações de trabalho, mas fruto de uma cultura de menosprezo e de violência contra elas, o que somente pode ser vencido com educação e políticas públicas adequadas e de uma legislação protetiva da mulher, quer no âmbito civil, penal ou no trabalhista.

Enfim é preciso lutar! Lutar com as armas que temos para a manutenção dos meios de proteção ao trabalho da mulher. Não nos calemos diante dos abusos! Ao combate!

## 1 A DISCRIMINAÇÃO DO TRABALHO DA MULHER

De acordo com dados estatísticos da Organização Internacional do Trabalho, a participação das mulheres no mercado de trabalho é bastante inferior à dos homens. Além disso há diferença significativa entre a média do salário recebido pelas mulheres e pelos homens.

No que se refere aos salários, as estatísticas do Banco Mundial demonstram que em todo o planeta, as mulheres sempre recebem menos que os homens, sendo que nenhum país atingiu a paridade salarial de gênero.

A maioria das diferenças entre os salários das mulheres e dos homens podem ser explicada pelos tipos de trabalhos desempenhados e sua duração, visto que há predominância de mulheres na economia informal, em trabalhos que exigem menor nível de qualificação e em trabalhos de tempo parcial. Além disso, há uma tendência de diminuição dos salários depois das mulheres terem filhos, apesar do oposto ocorrer com os homens (em geral, os homens com filhos são mais bem remunerados, do que homens sem filhos), o que pode ser explicado pelo fato de que as responsabilidades de criação dos filhos e de execução das tarefas domésticas normalmente recaem sobre as mulheres.

Além disso, há certa desvalorização social de profissões e categorias com predominância de mão de obra feminina, como tarefas de educação e assistência à saúde. E, segundo a OIT, quanto maior a presença feminina em uma determinada categoria profissional, menores são os níveis salariais pagos aos trabalhadores que executam este tipo de trabalho, o que torna a carreira menos atrativa para os homens, perpetuando a segregação ocupacional.

Algumas teorias econômicas neoclássicas que explicam a diferença de salários entre os sexos, nos diversos países, mencionados por Alice Monteiro de Barros, apontam que a concentração de mulheres em determinadas ocupações e sua escassa participação em outras reduz a sua remuneração em virtude do aumento total da oferta de trabalho em determinadas categorias.

O principal fator que explica essa concentração feminina em algumas tarefas pode ser atribuído a atitudes tradicionais relativas ao papel da mulher, como responsável pelas tarefas domésticas e pela criação dos filhos, limitando seu tempo para dedicação à qualificação profissional e sua disponibilidade para serviços que exigem a realização de trabalho, viagens, ou que não dê suficiente flexibilidade de horários<sup>1</sup>.

Estudos conduzidos pela Organização das Nações Unidas<sup>2</sup> pontuam que as limitações enfrentadas pelas mulheres no ambiente de trabalho incluem: a concentração desproporcional em formas de trabalho vulneráveis, a segregação ocupacional, as disparidades salariais e a divisão desigual do trabalho doméstico não remunerado.

Essas restrições refletem a desvantagens das mulheres no processo de educação, a falta de uma voz organizada e com poder de negociação, restrições de sua mobilidade no mercado, o envolvimento relativamente alto de trabalho em tempo parcial ou temporários, concentração em empregos onde as pressões da concorrência mundial atuam para manter os níveis salariais mais baixos, e discriminações diretas.

De maneira geral, se veem obrigadas a desempenhar trabalhos mais informais, inseguros e perigosos, bem como trabalhos por conta própria, na economia informal, sem desfrutar de acesso à proteção trabalhista e à seguridade social, além de contarem com uma voz limitada e com baixa representação e mecanismos de diálogo social.

A ausência de ajuda pública e privada para fazer frente às responsabilidades familiares, além da tradicional desigualdade na distribuição das atribuições domésticas não remuneradas, são alguns dos fatores que explicam a predominância feminina na economia informal, que proporciona trabalhos remunerados com maior flexibilidade de horários e proximidade geográfica, permitindo o cumprimento das obrigações familiares.

Além disso, as mulheres enfrentam diversas desvantagens em termos de acesso ao mercado de trabalho e formação profissional e, frequentemente não possuem a mesma liberdade que os homens na escolha dos trabalhos que querem desempenhar.

Outros aspectos são indicativos de maior discriminação em relação ao sexo feminino: as mulheres são mais preteridas em promoções,

desvalorizadas em promoções de desempenho, excluídas de postos de direção e gerência e vítimas constantes de assédio no trabalho, inclusive de índole sexual.

Para fazer frente a esses fatores limitativos da participação feminina igualitária no âmbito laboral, seria imprescindível a adoção de incentivos à formação e qualificação profissional feminina aliada ao desenvolvimento de infraestrutura social com creches e pré-escolas. Mas, além disso, faz-se necessário incrementar a proteção contra a discriminação da mulher, dando maior efetividade às normas internacionais e nacionais vigentes nos diversos países, que vedam a discriminação em razão do gênero.

As normas que proíbem a discriminação de gênero pretendem dar efetividade ao princípio da igualdade entre os sexos, já que o direito à não discriminação pode ser entendido como a vertente negativa do direito à igualdade.

Importante destacar que as medidas de proteção contra a discriminação em relação ao gênero feminino, ao contribuir para o empoderamento e para a maior autonomia das mulheres, acarretam efeitos positivos para a sociedade como um todo. Segundo a Organização Internacional do Trabalho<sup>3</sup>, as mulheres podem converter-se em agentes de sua própria transformação social, através de oportunidades laborais e educativas e do acesso a serviços essenciais. Dessa forma como bem observa Raquel Betty de Castro Pimenta<sup>4</sup>, o papel do Poder Judiciário em todo o mundo é ressaltado, no sentido de promover a implementação das normas presentes em tratados internacionais, além das normas supralegais e internas de diversos Estados que preveem mecanismos para o combate à discriminação de gênero. Esse movimento para a maior eficácia das normas contra a discriminação de gênero faz-se essencial para propiciar a efetivação dos direitos humanos em escala global.

<sup>1</sup> BARROS, Alice Monteiro de. A mulher e o direito do trabalho. São Paulo Ltr. 1993. p. 149.

<sup>2</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. 2009 World Survey on the role of women development. Disponível em: <https://www.un.org/womenwatch/daw/public/WorldSurvey/2009.pdf>.

<sup>3</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Piso de protección social para una globalización equitativa e inclusiva: informe del grupo consultivo sobre el piso de protección social. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2011. p. XXVI.

<sup>4</sup> PIMENTA, Raquel Betty de Castro. Cooperação judiciária internacional no combate à discriminação da mulher no trabalho: um diálogo Brasil e Itália – São Paulo: Ltr, 2016

## 2 A PROTEÇÃO CONTRA A DISCRIMINAÇÃO DO TRABALHO DA MULHER NAS NORMAS INTERNACIONAIS

No plano internacional, diversos diplomas normativos instituem normas protetivas do trabalho da mulher, vedando a discriminação em razão do gênero. Tais normas internacionais podem estar contidas em tratados, recomendações, declarações ou outras espécies de diplomas normativos.

Os tratados internacionais são acordos juridicamente obrigatórios e vinculantes, e constituem hoje a principal fonte de obrigação do Direito Internacional. De acordo com o art. 1º, "a", da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, o termo "tratado" significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, ou seja, trata-se de um diploma normativo formal celebrado por sujeitos de Direito Internacional. Pouco importa a denominação específica do documento, podendo também ser chamado de Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio ou Acordo Internacional.

A Recomendação é um tipo de instrumento normativo internacional de natureza diversa dos Tratados e Convenções Internacionais, pois não se sujeita a ratificação pelos Estados participantes das conferências ou pelas instituições que a adotam. No entanto, as Recomendações editadas pela OIT, servem para complementar suas Convenções Internacionais com normas regulamentares, de cunho programático, que criam para os Estados membros da Organização uma obrigação de natureza formal: a de submetê-la ao poder Legislativo para legislar ou adotar outras medidas referentes à matéria versada<sup>5</sup>.

As Declarações ou Cartas de Direitos, normalmente, não possuem força direta vinculante, sendo documentos enunciadores de princípios e garantias que devem direcionar a prática a ser adotada pelos Estados membros de um organismo internacional.

Podem ser proclamadas no bojo de Resoluções, Portarias, Decisões ou outras espécies de atos, servindo para guiar a interpretação a ser dada a outros diplomas normativos ou para traçar planos de ação. De acordo com a Organização Internacional do Trabalho, as declarações são usadas em poucas ocasiões e sempre com a finalidade de expressar ou reiterar os princípios fundamentais do organismo, sendo de natureza muito solene, e, podem ser apontadas como expressão de direito consuetudinário internacional.

As normas internacionais são verdadeiras fontes de direito do trabalho, incidindo nas ordens jurídicas dos vários Estados que as adotam.

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho, o papel do direito internacional na resolução de litígios é variável, e podendo ser usado para solucionar diretamente uma questão, para auxiliar na interpretação de dispositivos de direito interno, para inspirar no reconhecimento de um princípio jurisprudencial ou para fortalecer uma decisão baseada no direito interno. Assim, quando as normas internacionais são utilizadas diretamente na solução de uma questão, podem atuar nos casos de lacuna das ordens jurídicas nacionais, bem como para contornar ou invalidar um dispositivo interno contrário ou menos favorável que um tratado ratificado. Quando utilizadas para auxiliar na interpretação, podem resolver ambiguidades, esclarecer o âmbito de aplicação de uma norma de direito interno a até mesmo avaliar a constitucionalidade de tais normas. Quando reforçam uma decisão baseada no direito interno, permitem que se enfatize a natureza fundamental de um princípio ou direito<sup>6</sup>.

A preocupação com a proteção contra a discriminação do trabalho da mulher é antiga, e está presente desde os primeiros tratados internacionais instituidores de normas trabalhistas, quando da criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919. Uma série de Convenções e Recomendações da OIT trata de aspectos relevantes para a proteção da mão de obra feminina.

Posteriormente com a criação da Organização das Nações Unidas, em 1948, a preocupação com a proteção contra todas as formas de discriminação em razão do gênero também se refletiu em normas editadas por este organismo internacional.

De acordo com a OIT, as normas internacionais do Trabalho e as previsões dos Tratados de Direitos Humanos das Nações Unidas relacionadas a essas normas são complementares e se reforçam mutuamente, de forma que a cooperação entre os sistemas é necessária para garantir a consistência e coerência em matéria de direitos humanos nas relações de trabalho.

Na esfera da ONU são relevantes as previsões contidas na Carta das Nações Unidas (1945), na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), no Pacto dos Direitos Civis e Políticos (1966), no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres (1979).

Na OIT, destacam-se os dispositivos da Constituição da OIT (1919) e de seu Anexo, a Declaração

<sup>5</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3 ed. atual. São Paulo: Ltr. 2000, p. 186

<sup>6</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Direito Internacional do Trabalho e direito interno: manual de formação*

para juízes, juristas e docentes em direito. Editado por Xavier Beaudonnet. Turim. Centro Internacional de Formação da OIT, 2011, p. 47.

da Filadélfia (1944), a Declaração sobre os Princípios e Liberdades Fundamentais no Trabalho (1988), a Convenção n. 100 (1951), a Convenção n.111 (1958) e outras Convenções e Recomendações editadas por esse organismo internacional.

Paula Oliveira Cantelli ressalta que: "No que diz respeito especificamente ao trabalho das mulheres, pode-se dizer que duas grandes preocupações inspiraram a ação internacional, a primeira decorrente da necessidade de protegê-las de condições desgastantes durante o estado gestacional; a segunda, da necessidade de lhes atribuir igualdade, de direitos e de tratamento, com os homens<sup>7</sup>.

Para Adriana Goulart de Sena, é compreensível que a estratégia dos próprios trabalhadores tenha sido, inicialmente, na direção do estabelecimento de proteções e proibições mínimas para, posteriormente, reformular os preceitos normativos no sentido de eliminar os dispositivos de caráter discriminatório. É que a mulher tinha ingressado no mercado de trabalho submetida a uma lógica empresarial de custo/benefício, sendo que sua contratação, no passado, tornava-se vantajosa pelo fato de a mulher subordinar-se mais facilmente, em vista da secular segregação cultural e jurídica que sofria, estando sujeita a salários mais baixos, jornadas elevadas e condições ambientais agressivas ao organismo<sup>8</sup> (9).

Dessa forma, as normas que visam combater a discriminação de gênero surgiram depois das normas protetivas e restritivas do trabalho feminino, relacionando-se dialeticamente. Com o passar do tempo, as primeiras normas protetivas começaram a ser entendidas como um excesso de restrições à contratação feminina, emergindo, elas próprias, como elementos de discriminação, já que inibiam a afirmação da mulher na sociedade democrática. Para Adriana Goulart de Sena: "O que fora proteção ganha, portanto, décadas após, certo sabor de discriminação"<sup>9</sup>.

### 3 AS NORMAS INTERNACIONAIS E CONVENÇÕES DA OIT

No Brasil os tratados e convenções internacionais ratificados são incorporados à ordem jurídica através da atuação conjunta do Poder Legislativo e do Poder Executivo, que emite o decreto de ratificação.

A Constituição Brasileira de 1988 prevê em seu art. 5º, parágrafo 2º, que os direitos e garantias nela expressos "não excluem outros decorrentes do regime

e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte".

Nos tratados internacionais de direitos humanos editados no âmbito da Organização das Nações Unidas, releva salientar que o Estado Brasileiro foi um dos fundadores da organização, estando presente quando da elaboração da Carta das Nações Unidas de 1945. Além disso, o documento foi promulgado internamente pelo Decreto n. 19.841 de 22 de outubro de 1945.

Da mesma forma, como Estado membro da ONU, o Brasil participou da assembleia geral ocorrida em Paris, em 10 de dezembro de 1948, tendo votado favoravelmente para a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, foi ratificado pelo Estado brasileiro em 12 de dezembro de 1991, tendo sido promulgado pelo Decreto n. 592 de 6 de julho de 1992.

Por sua vez, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, foi ratificado em 19 de dezembro de 1991, e promulgada pelo Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, de 1979, foi ratificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984, com reservas em razão das restrições ao pleno reconhecimento da capacidade civil das mulheres no Código Civil de 1916, em vigor na época da ratificação. Posteriormente, em 20 de dezembro de 1944, o Brasil retirou as mencionadas reservas aos artigos 15, parágrafo 4º e 16, parágrafo 1º, alíneas "a", "c", "g" e "h" tendo em vista que o decreto legislativo que autorizava a ratificação aprovou a totalidade da Convenção, sem reserva, já sinalizando a tendência de reforma do ordenamento interno a este respeito (o que veio a ser realizado pelo Código Civil de 2002). A Convenção foi promulgada anos mais tarde, pelo Decreto n. 4.316 de 30 de julho de 2002.

No que se refere aos instrumentos editados no âmbito da Organização Internacional do Trabalho em que pese o Brasil não ter participado da assinatura do Tratado de Versalhes em 1919, é considerado um dos membros fundadores do organismo internacional e como Estado membro da OIT, participou das conferências

<sup>7</sup> CANTELLI, Paula Oliveira. O trabalho feminino no divã, dominação e discriminação. São Paulo: Ltr. 2007. p. 167.

<sup>8</sup> SENA, Adriana Goulart de. Mulher e trabalho na cena jurídica brasileira contemporânea. In: AMATRA III – Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 3ª Região (Coord). Temas de direito e processo do trabalho. Belo Horizonte. Del Rey. 1996. p. 12.

<sup>9</sup> SENA, Adriana Goulart de. Mulher e trabalho na cena jurídica brasileira contemporânea. In: AMATRA III – Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 3ª Região (Coord). Temas de direito e processo do trabalho. Belo Horizonte. Del Rey. 1996. p. 13.

internacionais que aprovaram a Declaração da Filadélfia, de 1944 (Anexa da Constituição da OIT) e a Declaração sobre os princípios e direitos fundamentais do trabalho, de 1988.

A Convenção n. 100 da OIT, sobre igualdade de remuneração para a mão de obra masculina e a mão de obra feminina por um trabalho de igual valor, de 1951, e a Recomendação n. 90 da OIT, de 1951

A Convenção n. 100 da OIT, de 1951, foi ratificada pelo Brasil em 24 de abril de 1957 e promulgada pelo Decreto n. 41.721 de 25 de junho de 1957.

A Convenção de n. 100 da OIT dispõe sobre igualdade de remuneração para a mão de obra masculina e a mão de obra feminina por um trabalho de igual valor e é marco das mulheres contra a discriminação de gênero. Foi aprovada na 34ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho de 1951, em Genebra, tendo entrado em vigor no plano internacional em 23 de março de 1953.

Não é coincidência o fato dessa convenção ter sido adotada após o final da Segunda Guerra Mundial, período em que as mulheres ingressaram maciçamente nas frentes de trabalho produtivo em diversos países.

Para a OIT, a discriminação salarial é um problema universal e recorrente. Historicamente, as mulheres sempre receberam menos que os homens, havendo países em que isso se dava como uma política expressa. Tal prática se baseia na concepção de que o trabalho feminino seria meramente complementar ao do "chefe de família", sendo que essas tradições e estereótipos persistem até os dias atuais em todos os países, em todos os níveis educacionais, faixas etárias e ocupações.

A Convenção nº 100, portanto, pretende influenciar para diminuir o abismo remuneratório entre os gêneros, vedando qualquer discriminação em matéria remuneratória em virtude do sexo do trabalhador.

O artigo 1º da Convenção define o que deve se entender pelo termo "remuneração":

#### ARTIGO 1º

Para os fins da presente convenção:

a) o termo "remuneração" compreende o salário ou o tratamento ordinário, de base, ou mínimo, e todas as outras vantagens, pagas direta ou indiretamente, em espécie ou "in natura" pelo empregador ao trabalhador em razão do emprego deste último.

O artigo 2º prevê que os Estados membros deverão adotar medidas para incentivar a aplicação a todos os trabalhadores do princípio da igualdade de remuneração para a mão de obra masculina e feminina entre empregadores e empregados ou uma combinação dos diversos meios.

Em seu artigo 3º, a Convenção afirma que, para a apuração do trabalho de igual valor, deve ser realizada

uma avaliação objetiva dos empregados e dos trabalhos a serem efetuados.

Para a fixação de critérios de definição do trabalho de igual valor, devem ser considerados fatores como a natureza do trabalho realizado e a qualificação e treinamento necessários e as condições de trabalho, enfatizando o conteúdo do trabalho, e não as características pessoais do trabalhador.

Para complementar a Convenção nº 100, foi também editada, em 1951, a Recomendação nº 90, para garantir a aplicação do princípio de igualdade de remuneração. A Recomendação sugere medidas que permitem avaliar os trabalhos executados e classificar os empregos independentemente de sexo, bem como para elevar os rendimentos dos trabalhadores, assegurando-lhes as mesmas oportunidades de orientação profissional.

A Convenção n. 111 da OIT, sobre discriminação em matéria de emprego e profissão, de 1958, e a Recomendação n. 111, de 1958

A Convenção n. 111 da OIT de 1958, foi ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965 e foi promulgada pelo Decreto n. 62.150 de 19 de janeiro de 1968.

A Convenção n. 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão foi aprovada pela 42ª Conferência Internacional do Trabalho, em 1958, entrando em vigor no plano internacional em 15 de junho de 1960, após as ratificações necessárias.

Seu preâmbulo deixa claro que a discriminação constitui uma violação dos direitos humanos e dos preceitos contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Declaração da Filadélfia.

De acordo com o artigo 1º da Convenção n. 111, o termo "discriminação" compreende:

a) Toda a distinção, a exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião pública, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando existam, e outros organismos adequados.

Como visto, a OIT atribuiu aos países membros a responsabilidade de especificar outras situações que gerem distinções, exclusões ou preferências que atinjam a igualdade de oportunidades no âmbito da relação de trabalho, inclusive no que diz respeito ao tratamento remuneratório. Essa possibilidade deixa claro o reconhecimento, pela ordem internacional de que os fatores que motivam a discriminação não são taxativos, cabendo a todos os países a tarefa de

proteger os indivíduos contra quaisquer atos discriminatórios.

Importante ressaltar que, nos termos do art. 1º, item 2, as distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação. Assim, os requerimentos inerentes às tarefas a serem desempenhadas, objetivamente definidos, não são vedados, desde que possam ser justificados em razão da natureza do trabalho.

A Convenção n. 111 da OIT prevê em seu art. 2º, de maneira ampla, a obrigação de promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e profissão com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.

Em seu artigo 5º, a Convenção autoriza a adoção de ações afirmativas, pelo entendimento que apenas vedar a discriminação não é suficiente, por si só, para eliminar as práticas discriminatórias na realidade social. Assim, são permitidas medidas específicas para eliminar, prevenir ou remediar situações passadas, no intuito de, ao instituir desigualdades estruturais, atingir a igualdade real.

A Convenção n. 111 é complementada pela Recomendação n. 111, editada também em 1958. A Recomendação preconiza a igualdade de oportunidades e de tratamento entre os sexos no acesso a serviços de orientação e colocação profissional, formação e aprendizagem, bem como as promoções, de acordo com sua conduta, experiência e capacidade. Em seu artigo 2º, a Recomendação menciona a discriminação quanto às condições de trabalho, incluindo-se a jornada de trabalho, períodos de descanso, descanso semanal remunerado, saúde e segurança no trabalho, seguridade social e prestações sociais relacionadas ao emprego.

A importância da utilização das normas internacionais existentes em matéria de discriminação pelos juízes e Tribunais nacionais foi enfatizada pelo Comitê de Peritos da OIT, que considera imprescindível aumentar a capacidade das autoridades competentes, incluindo juízes, para identificar e tratar os casos de discriminação nas relações de trabalho e desigualdade salarial. Segundo a OIT, os juízes possuem a importante tarefa de construir uma jurisprudência que promova os princípios de não discriminação trazidos nos Tratados e Convenções internacionais sobre o tema, notadamente as de n. 100 e 111 da OIT, o que pode ser promovido por meio das redes internacionais de juízes.

As Convenções fundamentais no eixo da proteção contra a discriminação no trabalho, a que se refere a Declaração da OIT dos Princípios e Liberdades Fundamentais no Trabalho de 1988 são as de número 100 e 111. Contudo, diversas outras Convenções Internacionais da OIT trazem previsões que pretendem atacar a discriminação contra o trabalho da mulher, que serão analisadas em seguida.

A Convenção N. 117, sobre objetivos e normas básicas da política social, de 1962

A Convenção n. 117 da OIT, de 1962, e em vigência internacional desde abril de 1964, em que pese não ser específica no que se refere à proteção da mão de obra feminina, vem estabelecer normas de caráter geral, a serem observados por todos os Estados membros, para a promoção de elevação dos níveis de vida de sua população e do desenvolvimento aliado ao progresso social.

A Convenção n. 117 da OIT, de 1962, foi ratificada pelo Brasil em 24 de março de 1969 e promulgada pelo Decreto n.66.496 de 27 de abril de 1970.

A parte V da Convenção n. 117, é destinada a não discriminação em matéria de raça, cor, sexo, crença, associação tribal ou filiação sindical. No item 2 do artigo XIV estabelece que serão tomadas todas as medidas práticas e possíveis no sentido de reduzir quaisquer diferenças salariais resultantes de discriminação fundadas nos critérios elencados, mediante a elevação dos níveis aplicáveis aos trabalhadores de menor remuneração. Esta Convenção estabelece claramente que o progresso social é atingido também com a proibição da discriminação que representa uma etapa importante para a obtenção do bem-estar social e do desenvolvimento da população.

A Convenção n. 122, sobre política de emprego, de 1964.

A Convenção n. 122 da OIT, de 1964, ratificada pelo Brasil em 24 de março de 1964, foi promulgada pelo Decreto n. 66.499 de 27 de abril de 1970.

A Convenção n. 122 da OIT, que trata da política de emprego, editada em 1964 também se refere incidentalmente à proteção contra a discriminação em razão de gênero.

Este diploma internacional visa estimular o crescimento e desenvolvimento econômico, a elevar os níveis de vida, a atender às necessidades de mão de obra e a solucionar o problema do emprego e do subemprego.

Dessa forma, ao incentivar medidas que permitam a formação e qualificação profissional de trabalhadores de ambos os sexos, a Convenção atua para diminuir uma das causas da discriminação contra a mão de obra feminina, sendo importante instrumento a ser implementado para o combate a práticas discriminatórias no contexto das relações de trabalho.

A Convenção n. 156, sobre trabalhadores com responsabilidades familiares, de 1981, e a Recomendação n. 165 de 1981.

Editada em 1981, e em vigor no plano internacional desde 11.8.1983, a Convenção n. 156, sobre trabalhadores com responsabilidades familiares, complementada pela Recomendação n.165, não é específica sobre a proteção do mercado de trabalho da mulher.

Entretanto, como já ressaltado, as mulheres são as que tradicionalmente, nos mais diversos países, assumem a maior parte das responsabilidades com a criação dos filhos e como cuidadoras de familiares idosos ou que necessitam de cuidados constantes. Assim, em que pese ser aplicável a trabalhadores de ambos os sexos, é inegável que a Convenção n. 156 aumenta a proteção às mulheres trabalhadoras, ao estabelecer as medidas a serem adotadas para eliminar a discriminação contra trabalhadores que detenham responsabilidades familiares.

A Convenção determina aos Estados partes que adotem medidas para a promoção de serviços comunitários e criação de instituições de cuidados para as crianças e de ajuda à família, como creches e pré-escolas, para permitir aos pais a livre escolha de seu emprego. Há que se ressaltar a importância da criação de berçários, creches e pré-escolas não só para assegurar às mulheres uma participação mais equitativa no mercado de trabalho, como também para atender às necessidades das crianças de alimentação, saúde e desenvolvimento intelectual.

Outras Convenções e Recomendações da OIT trazem normas prevendo a igualdade de tratamento entre homens e mulheres nas relações de trabalho, e estabelecendo medidas protetivas contra a discriminação em razão de gênero.

Um exemplo importante é a Convenção n. 183, de 2000, que contém dispositivos destinados a proteger a mulher contra discriminação fundada na maternidade. Em seu artigo 8º proíbe expressamente a rescisão imotivada do contrato da trabalhadora durante a gestação, durante a licença maternidade ou durante determinado período subsequente ao seu retorno ao trabalho. Além disso determina a adoção de medidas para assegurar que a maternidade não seja fonte de discriminação no emprego, inclusive no acesso a este, sendo vedada a exigência de exames ou certificados de testes de gravidez, exceto quando o trabalho for proibido ou restrito para gestantes ou houver risco significativo para a saúde da mulher ou da criança.

Diversas Convenções da OIT, em função do contexto histórico em que surgiram e da visão anterior de que era necessário proteger o "sexo frágil", preveem limites ao trabalho da mulher no horário noturno, em horas extraordinárias, ou em condições insalubres ou perigosas. Por exemplo, a Convenção n. 45 da OIT, de 1935, veda o emprego de mulheres em trabalhos subterrâneos nas minas.

A Convenção n. 127, de 1967, que impõe limites ao trabalho de mulheres em transporte manual de cargas, estabelecendo que o peso das cargas que exijam esforço muscular deve ser inferior ao admitido para os homens.

A Convenção n. 171, que dispõe sobre o trabalho noturno, abrangendo todos os trabalhadores, homens

ou mulheres. A proteção especial contra o trabalho noturno passou a se limitar às mulheres gestantes e em gozo de licença maternidade ou aos trabalhadores que, por razões de saúde, não estivessem aptos para esse trabalho.

#### 4 A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DAS MULHERES BRASILEIRAS

Ao longo de sua história política, o Brasil possuiu sete Constituições, uma no Império e seis na República. Embora elaboradas em épocas e situações diferentes, sua esmagadora maioria raramente se refere à figura feminina. Baseada nisto, é notório o caráter evolutivo da temática em nosso constitucionalismo, como bem afirma a advogada Fernanda Marinela "a mulher foi tratada durante toda a história, de forma preconceituosa, mesmo na legislação constitucional."

##### CONSTITUIÇÃO DE 1824

Nela a mulher era simplesmente ignorada, sequer se cogitava de sua participação na sociedade. Sem direitos, sem participação política. A única referência à mulher tratava especificamente da família real – o que demonstra discriminação não apenas de gênero, mas também de classes sociais – lembrando que esse era o texto que deveria garantir a liberdade e igualdade entre todos, mas ao contrário taxava desigualdades, como por exemplo o estabelecimento de dote para casamento das princesas, onde a mulher era tratada como mercadoria, não tendo o direito sequer de escolher com quem iria se casar, devendo se submeter a ordem dos pais. O amor e o livre-arbítrio são deixados de lado em nome de outros interesses. Em 1824 o preconceito era normal e constitucional em nosso país.

##### CONSTITUIÇÃO DE 1891

Com a primeira Constituição da República, promulgada em 1889, a família imperial deixa o Brasil e os militares assumem o poder dando início ao período que ficou conhecido como República da espada. Porém, a mulher continuava excluída do conceito de cidadania. A Constituição somente se preocupava com ela quando se referia à filiação ilegítima, mostrando a (des)importância da figura feminina, que só interessava quando repercutia na esfera patrimonial. A mulher continuava sem o direito de votar ou ser votada. Entre o fim do Século XVIII e o início do Século XIX, o movimento feminista tomou forma quando as mulheres começaram a se organizar para exigir espaço na área da educação e do trabalho. Já sabíamos que o primeiro passo para a igualdade residia na educação e na qualificação profissional. Em 1898, Myrtes de Campos

se torna a primeira advogada do país. Enquanto isso, muitas mulheres trabalhavam como operárias de segunda classe nas fábricas, em condições desumanas de trabalho, o que reforçou sua mobilização por condições dignas de trabalho e segurança. Assim, em 1907 eclodiu em São Paulo a greve das costureiras – ponto inicial para definição da jornada de oito horas, o que significou e significa muito na consciência coletiva das mulheres, ou seja, a busca dos seus direitos e da cidadania em todo o mundo por melhores condições de trabalho. Em 1917, com a eclosão da Primeira Guerra Mundial, as mulheres passaram a ser admitidas nos quadros do serviço público como funcionárias públicas.

Em 1932 o voto feminino se tornou um direito nacional e no ano seguinte, 1933, Carlota Pereira de Queiroz, que era médica foi eleita a primeira deputada federal. Ela participou da Assembleia Nacional Constituinte nos anos de 1934 e 1935.

### CONSTITUIÇÃO DE 1934

Com a deflagração do Estado Novo e a chegada de Vargas ao Poder por meio do golpe de 30, a população, temerosa de ocorrer a instalação de uma ditadura, passou a exigir a elaboração de uma nova Constituição. Mas Vargas foi um defensor do direito das mulheres.

Pela primeira vez, após mais de cem anos de constitucionalismo, e com a primeira mulher participando da elaboração da Constituição, homem e mulher são colocados em pé de igualdade na definição de cidadania.

A filiação ilegítima desaparece, apesar de o Código Civil de 1916 continuar a tecer esta discriminação. A mulher passa a ter direitos políticos (direito de votar e ser votada), passa também a ter o direito de se “libertar” do casamento com a legalização do “desquite” e da anulação do casamento. A mulher deixa de ser uma escrava, um acessório do marido, e passa a ter cidadania.

Mas a igualdade de direitos nunca foi suficiente, precisávamos de uma igualdade constitucional, aristotélica, com direitos e privilégios específicos para as nossas necessidades e diferenças em relação aos homens. E foi aí que se conquistou o direito à licença-maternidade: três meses de licença recebendo vencimentos integrais, quando se paria um filho vivo. O texto foi um marco fundamental na luta pela igualdade de gênero.

### CONSTITUIÇÃO DE 1937

Nada mudou em relação às mulheres. Com o fim do Estado Novo e a eleição de Eurico Gaspar Dutra para a Presidência da República, uma nova Constituição assegura o retorno da democracia ao nosso país.

### CONSTITUIÇÃO DE 1946

Após o trauma da Segunda Guerra Mundial e o novo sentido de humanidade criado, uma nova obrigação surge para os pais. A assistência-maternidade é garantida às mulheres como uma espécie de gênese do princípio da paridade responsável e o pai passa a ser responsável a prover a mãe de seu filho. Por outro lado, o casamento voltou a ser indissolúvel, o que significou um retrocesso grande para as mulheres.

Em 1964 o golpe militar depõe do poder o então presidente João Goulart e instala um regime ditatorial no nosso país – uma nova Constituição surge para legalizar o regime.

### CONSTITUIÇÃO DE 1967

Esta Constituição manteve a aposentadoria com a idade de 70 anos para ambos os sexos, mas incluiu uma nova modalidade de assistência previdenciária: a aposentadoria voluntária após 35 anos de serviço. Posteriormente, a aposentadoria feminina voluntária voltou para os 30 anos. Na década de 60, as drogas, rock e amor livre eram as palavras de ordem entre os jovens que passaram a levantar bandeiras das minorias e dos oprimidos: negros, mulheres, homossexuais, indígenas. Tudo era motivo de lutas e de conquista de direitos. E o surgimento da pílula anticoncepcional representou ao mesmo tempo um marco e uma libertação para as mulheres.

Surgiram, na década de 70 os grupos feministas de primeira geração que geraram impacto ao discurso dominante.

A Ditadura militar chegou ao fim nos anos 80 e nosso país passou a viver a redemocratização, tendo como ápice a promulgação de nosso atual Documento da Liberdade.

### CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com a “Constituição Cidadã” o constituinte quis ir mais além. Além de mencionar a igualdade perante a Lei também reafirmou a igualdade de direitos e obrigações de homens e mulheres. A afirmação não foi redundância do legislador, interessante mencionar que não cabia mais em nosso constitucionalismo qualquer forma de discriminação de gênero.

No âmbito trabalhista, a Constituição passou a garantir a licença maternidade e paternidade, além de proibir diferenças de salários por motivo de sexo e proteger as mulheres em seu mercado de trabalho. A mulher sai do plano de doméstica e entra no âmbito das grandes multinacionais e organizações estatais. Na Previdência Social foi garantida a estabilidade à gestante e a desequiparação foi instituída, reduzindo em cinco anos a idade de aposentadoria das mulheres – inclusive das servidoras públicas. O princípio da



isonomia – assegurado pelo Estado Democrático de Direito – veio corrigir as desigualdades com desequiparações permitidas em razão do gênero.

Na família, a Constituição protege a mulher ao reconhecer a união estável, a isonomia conjugal e o divórcio, além de assegurar o princípio da paternidade responsável e proteger o ambiente familiar de toda e qualquer forma de violência<sup>10</sup>.

No artigo 7º, relativo aos direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais são importantes para a proteção contra a discriminação em razão do gênero as previsões contidas nos incisos XVIII, XX, XXV e XXX.

O inciso XVIII prevê o direito à licença gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias, norma essa essencial para a proteção à maternidade.

O inciso XXV também é relacionado com a proteção à maternidade (e à paternidade), pois prevê a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até aos cinco anos de idade em creches e pré-escolas, o que representa política pública importante para possibilitar a compatibilização das responsabilidades familiares e profissionais.

O inciso XX estipula a "proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos nos termos da lei", fundamentando a adoção de ações afirmativas e políticas públicas tendentes a facilitar a inserção e manutenção da mulher no mercado de trabalho. O inciso XXX dispõe sobre a "proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil".

No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi inserido importante proteção contra uma das principais práticas discriminatórias contra as mulheres: a estabilidade provisória da gestante.

No artigo 10, inciso II, alínea "b", foi instituída a vedação da dispensa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto.

Paula Oliveira Cantelli aponta que, com a promulgação da Constituição de 1988 e a consagração de todas essas normas, diversos dispositivos constantes na legislação ordinária foram derogados, já que, sob o aparente manto tutelar, produziam efeito discriminatório em relação às mulheres e violavam os princípios constitucionais de igualdade e não discriminação<sup>11</sup>.

#### **OUTRAS LEIS IMPORTANTES:**

<sup>10</sup> MARINELA, Fernanda. Presidente da OAB/AL. Autora dos Livros DIREITO ADMINISTRATIVO e SERVIDORES PÚBLICOS pela Ed. Saraiva. Professora de Direito Administrativo da rede e LFG de ensino. Professora de Direito Administrativo do Centro de capacitação do STF. Advogada. Presidente do INJUR Instituto Cultural para difusão do conhecimento jurídico.

#### **LEI N. 9029, DE 1995**

O diploma legal brasileiro editado especificamente para promover a proteção contra a discriminação nas relações de trabalho é a Lei n.9029, de 13 de abril de 1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

A Lei 9029/1995 é um amalgama de vários projetos de lei apresentados no Congresso Nacional com a finalidade de aumentar a proteção contra a discriminação em razão do gênero. A Lei foi resultante de um projeto de lei substitutivo, que incorporou outros três projetos de lei apresentados por deputadas federais em 1991 e 1992.

Essa lei exerceu grande impacto na defesa dos direitos de personalidade dos empregados, oferecendo ampla proteção contra várias formas de discriminação nas relações de trabalho, ampliando o rol constante das disposições constitucionais,

Em seu artigo 1º, prevê o seguinte:

Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Assim, estão proibidas as práticas discriminatórias nas fases pré-contratual e durante o curso do contrato de trabalho, sendo relevantes para a proteção contra a discriminação em razão do gênero e a menção ao estado civil e à situação familiar que também são critérios utilizados como motivo para prejudicar mulheres no contexto trabalhista. O rol de motivos discriminatórios não é taxativo, sendo recorrente a utilização dessa lei para a punição de atos discriminatórios por motivos não listados no artigo 1º, como no caso de empregados portadores de doenças graves, ou ao trabalhador que ingressou na justiça.

O artigo 2º dessa lei cria um tipo penal, prevendo como crimes a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro

<sup>11</sup> CANTELLI, Paula Oliveira. O trabalho feminino no divã: dominação e discriminação. São Paulo: Ltr. 2007 p. 159-160.

procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez, bem como a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem indução ou instigamento à esterilização genética ou a promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Além da sanção penal para as práticas especificadas no artigo 2º, qualquer violação aos preceitos da Lei n. 9029/95 é passível de ser punido pelas penalidades administrativas previstas pelo artigo 3º: o pagamento de multa administrativa e a proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

Posteriormente, a Lei n. 9263/1996 agravou as sanções previstas nos casos de indução ou instigamento dolosos à prática de esterilização cirúrgica e a exigência de apresentação de atestado de esterilização para qualquer fim, substituindo a pena de detenção por reclusão, sem prejuízo de sanções administrativas previstas no artigo 3º da Lei n. 9.029/1995.

#### LEI N. 9.799, DE 1999

Com o intuito de incrementar a proteção contra a discriminação em razão do gênero, foi editada a Lei n. 9.799, de 26 de maio de 1999, que promoveu alterações na Consolidação da Leis do Trabalho, acrescentando os artigos 373-A, 390-B, 390-C, 390-E e o parágrafo 4º do artigo 392.

O artigo 373-A veda a adoção de uma série de atos quando da contratação das empregadas por seus evidentes efeitos discriminatórios.

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas é vedado: (Incluído pela Lei n. 9.799, de 26.5.1999)

I – publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II – recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a

natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível.

III – considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

IV – exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

V – impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI – proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

Em 2000, a Comissão de Peritos em aplicação da Organização Internacional do Trabalho, ao examinar o cumprimento da Convenção n. 111 da OIT, reconheceu o empenho do Estado brasileiro no combate à discriminação nas relações de trabalho, tendo mencionado expressamente a promulgação da Lei n. 9.799/99.

Para Yara Maria Pereira Gurgel, a proteção contra a discriminação das mulheres deve ser enfrentada pela aplicação conjunta das previsões da Lei 9.029/1995 e das acrescentadas à CLT pela Lei n. 9.799/1999<sup>12</sup>.

Tratam-se, portanto, de mecanismos complementares, que podem ser utilizados conjuntamente para incrementar a proteção das mulheres contra práticas discriminatórias.

#### 5 AÇÕES AFIRMATIVAS E COTAS DE GÊNERO EM FAVOR DA MULHER

No Brasil, o art. 7º, XX da Constituição prevê a proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos decorrentes de lei específica. Da mesma forma, o parágrafo único do art. 379-A, acrescentado à CLT pela Lei n. 9.799, de 26 de maio de 1999, prevê a implantação de medidas temporárias com vistas à igualdade entre homens e mulheres, especialmente no tocante a

<sup>12</sup> GURGEL, Yara Maria Pereira. Direitos Humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo. LTr. 2010. p. 117.

formação profissional, acesso ao emprego e condições gerais de trabalho da mulher.

O art. 390-E da CLT, inserido pela Lei n.9.799, ao dispor sobre a possibilidade de a pessoa jurídica associar-se a entidade de formação profissional, sociedades civis, sociedades cooperativas, entidades públicas ou sindicatos, para o desenvolvimento de ações conjuntas na execução de projetos relativos ao incentivo ao trabalho da mulher, também permite ações afirmativas. Aliás, de certo modo, a própria norma já é em si mesma uma ação afirmativa.

No entanto, verifica-se que ainda são inexpressivos planos concretos de ações afirmativas neste sentido, talvez por falta de divulgação ou de incentivo do governo federal.

De qualquer forma, é certo que a eliminação da discriminação contra as mulheres e, conseqüentemente, da desigualdade social daí decorrente depende da adoção de efetivas ações afirmativas que busquem gerar oportunidades e equilibrar o mercado. As ações afirmativas acabam beneficiando as próprias empresas que as implantam.

Estudos do Instituto Ethos indicam que a competitividade está diretamente relacionada à composição de sua força de trabalho, que deve refletir a diversidade dos clientes e dos mercados. As empresas com mão de obra diversificada têm melhores condições de satisfazer consumidores cada vez mais diferenciados e exigentes. Assim praticar a diversidade, além de trazer benefícios para as empresas, deve fazer parte de suas obrigações com a sociedade, com os consumidores. Combater a discriminação e o preconceito é um princípio de responsabilidade social empresarial. Mas não basta a edição de leis. É importante que o Estado, além de viabilizar ações afirmativas, crie formas de efetivá-las, seja por meio de incentivos financeiros, fiscais ou de outros meios que promovam a sua implantação.

Certa vez, referindo-se ao famoso lema da Revolução Francesa – liberdade, igualdade, fraternidade –, um autor falou que são palavras “que surpreendem de estarem juntas”. De fato, uma igualdade apenas formal não leva à verdadeira liberdade e desmente o ideal de fraternidade. Contudo, como afirma Paula Cantelli, as ações afirmativas podem harmonizar aquelas três palavras, usando a fraternidade para alcançar uma verdadeira igualdade e uma liberdade mais real. Mas para isso dependem também de nossa aceitação e de nossa cumplicidade<sup>13</sup>

Outra grande batalha das mulheres é ainda a ocupação de espaços de poder.

No Brasil, o poder é um domínio ocupado hegemonicamente ainda por homens. As decisões

públicas do país são em maioria masculinas, e nesse contexto, as decisões quanto às relações de gênero não carregam sensibilidade.

Politicamente foi muito grande a luta das mulheres pelo direito ao voto, o qual só foi conquistado em fevereiro de 1932, um marco na história da mulher brasileira, que foi consolidado na Constituição de 1934. É necessário conscientizar a participação da mulher na política, em um país democrático e fundamental para o alcance da igualdade e do desenvolvimento, e conseqüentemente da paz.

Não podemos olvidar que, por intermédio de políticas afirmativas, se conseguiu instituir cotas no sistema político, para fomentar a inclusão das mulheres na política. Foi aprovada na legislação eleitoral a cota de gênero, que hoje é de 30%, válida para qualquer eleição do poder legislativo.

Hoje, a lei eleitoral brasileira estimula a participação feminina na política estabelecendo um percentual mínimo de 30% de candidaturas de cada sexo (art. 10, § 3º, da Lei n. 9.504, de 1977).

Se analisarmos a Lei n. 9.096, de 1995, com redação dada pela Lei n. 12.034, de 2009, há a imposição de aplicação de, no mínimo, 5% dos recursos do Fundo Partidário na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres e determina que, no mínimo, 10% do tempo de propaganda partidária gratuita no rádio e na televisão seja destinada à promoção e à difusão da participação política feminina.

Mas é preciso que a sociedade e sobretudo nós mulheres nos conscientizemos de que, mesmo com as cotas, o percentual de mulheres eleitas é muito baixo, ou seja, as mulheres ainda não têm representação proporcional a esse número no Parlamento.

Uma maior participação política da mulher se revela necessária, como ferramenta para por fim à discriminação da mulher no trabalho e na sociedade. Conforme Eliana Calmon, jurista e magistrada brasileira, e também primeira mulher a compor o STJ “a participação política ou o empoderamento da mulher no eixo político é importante na medida em que são tomados nos espaços privilegiados de poder as decisões referentes às políticas públicas e às ações afirmativas que levam à equidade de gênero. Enfim, apesar dos avanços e conquistas da atuação feminina na sociedade, em especial no mercado de trabalho, há que se reconhecer, também, que há inúmeros desafios a serem vencidos. A desigualdade ainda está presente nas relações de trabalho, em especial na menor remuneração alcançada, na falta de amparo à maternidade (insuficiência de creches) e, também, no

<sup>13</sup> CANTELLI, Paula de Oliveira. Discriminação/ Luiz Otávio Linhares Renault, Márcio Túlio Viana, Paula Oliveira Cantelli, coordenadores – 2 ed. São Paulo: Ltr. 2010.

grande número de casos de assédio moral e sexual que vitimizam as mulheres em seu ambiente de trabalho.

## CONCLUSÕES

A luta das mulheres por igualdade, emancipação, voz e empoderamento, não pode ser compreendida distanciada de todas as outras lutas em defesa da dignidade humana.

O direito pode ser usado como uma ferramenta no processo emancipatório. A resistência e a luta contra as relações de opressão são meios copartícipes nesse processo: não somente as batalhas do feminismo, mas todos os processos de luta de todos os segmentos sociais (movimentos raciais, movimentos religiosos, movimentos pelas minorias e vulneráveis, movimentos LGBTQ+, etc).

Assim não só o feminismo deve disseminar uma cultura humanística de igualdade, a família é essencial nesse processo de formação em direitos humanos e cultura de igualdade.

Assim sendo, o objetivo do feminismo deve ser de cooperação para a construção de uma sociedade sem qualquer tipo de discriminação, não só a de gênero, mas a discriminação por idade, identidade, raça, pertencimento cultural ou comunitário ou por desigualdades econômicas.

O combate a todas as formas de desigualdade, inclusive a desigualdade de gênero não se trata de uma agenda de caráter exclusivamente humanitário, mas deve ser priorizado também por sua relevante vantagem econômica e como fator diferencial para o desenvolvimento nacional.

Não é por menos que a diminuição da desigualdade na taxa de presença das mulheres no mundo do trabalho se tornou um compromisso assumido pelos países que compõem o G20, em cumprimento inclusive dos mais recentes acordos internacionais comprometidos com o direito ao desenvolvimento.

Se o Brasil quiser evoluir economicamente e se tornar verdadeiramente competitivo nas relações exteriores vai precisar investir em políticas afirmativas para combater as desigualdades e repudiando de forma contundente qualquer forma de discriminação.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 contém um arcabouço principiológico bastante consistente no combate à discriminação de gênero, como se pode extrair de seu art. 5º, inciso I, que assegura a igualdade entre homens e mulheres, e de seu artigo 7º, inciso XXX, que proíbe a discriminação no mercado de trabalho em função do sexo. O que falta é dar concretude, fortalecer os princípios que já estão em nossa Constituição, com a produção de leis afirmativas eficazes na redução das desigualdades entre os gêneros.

Devemos sempre nos lembrar e destacar que a luta contra a discriminação de gênero é uma luta contra a opressão e fator determinante para a construção de uma sociedade democrática. Vamos ao combate!

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. A mulher e o direito do trabalho. São Paulo Ltr. 1993. p. 149.

CANTELLI, Paula Oliveira. O trabalho feminino no divã, dominação e discriminação. São Paulo: Ltr. 2007. p. 159–160 e 167.

CANTELLI, Paula de Oliveira. Discriminação/ Luiz Otávio Linhares Renault, Márcio Túlio Viana, Paula Oliveira Cantelli, coordenadores – 2 ed. São Paulo: Ltr. 2010 p. 289–311 e p. 313–316.

CALMON, Eliana. O empoderamento sociopolítico da mulher. Revista Justiça & Cidadania. Rio de Janeiro. Editora JC, jan. 2014.

GURGEL, Yara Maria Pereira. Direitos Humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo. LTr. 2010. p. 117.

MARINELA, Fernanda. As Conquistas das Mulheres nos Últimos Séculos: Histórico e Desafios. In: Feminismo, pluralismo e democracia/ Roberto Parahyba de Arruda Pinto, Alessandra Camarano, Ellen Mara Ferraz Hazan, coordenadores – São Paulo:Ltr, 2018. p. 133.

PIMENTA, Raquel Betty de Castro. Cooperação judiciária internacional no combate à discriminação da mulher no trabalho: um diálogo Brasil e Itália – São Paulo: LTr, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. 2009 World Survey on the role of women development. em <https://www.un.org/womenwatch/daw/public/WorldSurvey/2009.pdf>.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Piso de protección social para uma globalización equitativa e inclusiva: informe del grupo consultivo sobre el piso de protección social. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2011. p. XXVI.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Direito Internacional do Trabalho e direito interno: manual de formação para juizes, juristas e docentes em direito. Editado por Xavier Beaudonnet. Turim. Centro Internacional de Formação da OIT, 2011. p. 47

RECKZIEGEL, Tânia Regina Silva. A Importância da Manutenção dos Meios de Proteção ao Trabalho da Mulher in Feminismo, pluralismo e democracia / Roberto Parahyba de Arruda Pinto, Alessandra

Camarano, Ellen Maria Ferraz Hazan, coordenadores – São Paulo: Ltr. 2018. p. 320-326.

SENA, Adriana Goulart de. Mulher e trabalho na cena jurídica brasileira contemporânea. In: AMATRA III – Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 3ª Região. Temas de direito e processo do trabalho. Belo Horizonte. Del Rey. 1996. p.12 e p. 13.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Internacional do Trabalho. 3 ed. atual. São Paulo: Ltr.2000.p. 186

## MITIGAÇÃO DA NATUREZA INQUISITIVA DO INQUÉRITO CIVIL A NECESSIDADE DE ADEQUAR OS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS AO DIREITO PROCESSUAL EM TRANSFORMAÇÃO



**Ana Cristina Cremonezi<sup>1</sup>**

A participação do cidadão nas decisões do Estado figura como exigência que alcança todas as instituições, sendo elemento essencial da Democracia. Neste norte, sobreleva-se, na atualidade, a adoção do sistema multiportas pelo Código de Processo Civil, com o acolhimento do processo cooperativo e soluções dialógicas, com base do direito processual transformador. Referido movimento de expansão do sistema negocial, por certo, deve ser transportado ao Inquérito Civil, não se vislumbrando fundamento para uma visão restritiva ou de exceção. A participação do investigado na arrecadação dos elementos probatórios em sede de Inquérito Civil constitui fator de legitimidade do procedimento, além de essencial para a desjudicialização e solução consensuada de conflitos. Referidas circunstâncias afetam o enfoque econômico do Direito e a sustentabilidade da estrutura dos poderes afetos à distribuição da Justiça.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inquérito Civil; Processo Cooperativo; Contraditório; Meios Pré-processuais de Solução de Conflito; Produção compartilhada de Provas.

<sup>1</sup> Mestranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Especialista em Direito Processual Civil e com Aperfeiçoamento Profissional em Direito Criminal pela Unicuritiba. Juíza de Direito no Estado do Paraná. E-mail: [ancc@tjpr.jus.br](mailto:ancc@tjpr.jus.br). Lattes: <https://lattes.cnpq.br/6757890002308517>

## **MITIGATION OF THE INQUISITIVE NATURE OF THE CIVIL INQUIRY THE NEED TO ADJUST ADMINISTRATIVE PROCEDURES TO PROCEDURAL LAW IN TRANSFORMATION**

Citizen participation in State decisions is a requirement that reaches all institutions, being an essential element of Democracy. In this north, the adoption of the multi-door system by the Code of Civil Procedure stands out, with the reception of the cooperative process and dialogical solutions, based on the transforming procedural law. Said expansion movement of the negotiation system, certainly, must be transferred to the Civil Inquiry, not seeing any grounds for a restrictive view or exception. The participation of the investigated person in the collection of evidentiary elements in the Civil Inquiry constitutes a legitimacy factor of the procedure, in addition to being essential for the non-judicialization and consensual solution of conflicts. Said circumstances affect the economic focus of Law and the sustainability of the structure of powers affected by the distribution of Justice.

**KEYWORDS:** Civil Inquiry; Cooperative Process; Contradictory; Pre-procedural Means of Conflict Resolution; Shared Production of Tests.

## INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve um incremento do acesso ao sistema de Justiça pelo amplo rol de direitos individuais e sociais contemplados, além da previsão da tutela coletiva dos direitos.

Por certo, a maior proximidade do Poder Judiciário constitui relevante conquista ao cidadão e, concomitantemente, novo ponto de preocupação no gerenciamento de acervo, para não se converter a inovação em mera retórica, desprovida de efetividade.

Destaca-se, pois, que o volume de processos que ingressam no Poder Judiciário, aliado ao número de processos pendentes, exigem dos atores processuais o desenvolvimento de habilidades e visão, que se espraiam para além do conhecimento jurídico.

Outrossim, ao tratar das inovações na área judicial, apontam-se "premissas para a superação de obstáculos como a cultura digital, liderança, judiciário 4.0, cidadão ao centro, judiciário como plataforma, inovação multidisciplinar e ecossistema". (CAMBI, pg. 630).

O Conselho Nacional de Justiça<sup>1</sup>, inclusive, reforça a necessidade de da transformação digital no Poder Judiciário para o fortalecimento do direito de acessão à Justiça. Todavia, afora a transformação digital, imprescindível a inovação da mentalidade dos operadores do direito, com maior capacitação com relação aos vários instrumentos de pacificação de conflitos e a superação da pretensa manutenção do controle processual absoluto.

Neste contexto, não se afastando da evidente indispensabilidade da inovação tecnológica, assentarse-á a avaliação da imprescindível renovação do ser humano, enquanto instrumento da distribuição de acesso ao sistema de Justiça.

Pautado nesta premissa, constata-se que o Código de Processo Civil de 2015 elenca inúmeros instrumentos inerentes ao sistema multiportas para a solução dos conflitos, favorecendo a participação e o contraditório substancial, ressaltando o princípio da colaboração processual e a relevância dos meios de composição.

Cabe, portanto, transportar referidos princípios e instrumentos à fase inquisitiva, posto que possuem o condão de atribuir maior legitimidade aos procedimentos administrativos e, mormente, exercer atividade seletiva no ajuizamento de novas demandas.

## 2 PROCESSO COOPERATIVO

O processo cooperativo decorre de manifestações Constitucionais, no âmbito processual.

Preliminarmente, vincula-se à exigência democrática de participação efetiva na construção da decisão do Estado, sobretudo, por aquele que será diretamente afetado pela atuação.

Ao discorrer sobre a garantia constitucional, Fredie Didier Junior anota que "há diversos modelos de direito processo, sendo que todos podem ser considerados em conformidade com o devido processo legal". (DIDIER, 2018, p. 151)

Agrega que, ao lado dos modelos comuns à civilização ocidental, influenciada pelo Iluminismo, que contempla o modelo dispositivo e o modelo inquisitivo, vislumbra o modelo cooperativo e afirma:

"Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual, do contraditório e do respeito ao autogoverno da vontade no processo, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação. O princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro". (DIDIER, 2018, p.156).

Note-se que o modelo participativo mitiga o protagonismo e as posições assimétricas, estabelecendo atuações paritárias, com a aplicação de técnicas dialógicas e gestão equilibrada do processo.

Como apontado por Daniel Mitidiero, "o juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões. Desempenha duplo papel: é paritário no diálogo e assimétrico nas decisões". (CAMARGO, 219, p. 33).

Referida perspectiva não fragiliza o limiar decisório, posto que a decisão judicial ou aquela adotada pelo representante do Ministério Público quanto à instauração da demanda são essencialmente atos de poder. A mitigação ocorre, entretanto, não condução do processo judicial e/ou administrativo.

Neste norte, o modelo cooperativo abandona o apego exacerbado à forma e, sendo menos rígido, fornece outros percursos na consecução da justiça, sem excluir a moldura de segurança jurídica.

<sup>1</sup> CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2022.



Amolda-se referido modelo à busca da efetividade, contraditório e aos contornos constitucionais do processo justo, em que o aparato procedimental não existe como um fim isolado em si mesmo.

“Um processo só se legitima se puder dar conta dessa realidade, prestando resposta adequada, tempestiva e efetiva a essa realidade, sempre observando as garantias processuais fundamentais das partes. Trata-se de uma leitura do direito processual à luz do texto constitucional e, em particular, das garantias fundamentais – tais como a garantia do acesso à Justiça (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição), do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da Constituição), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da Constituição) e da duração razoável do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição). Se essas normas são garantias fundamentais, então devem iluminar todo o sistema jurídico, impondo às regras processuais interpretação que ofereça a esses valores a sua maior densidade e mais ampla aplicabilidade”. (ARENHART; OSNA, JOBIN. pg. 13).

Em análise ao art. 6º do Código de Processo Civil, Alexandre Ávalo Santana indica a existência de “uma comunidade de trabalho, na qual os sujeitos processuais devam atuar em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade, na construção dos pronunciamentos judiciais e em sua efetivação”. (SANTANA, 2019, pg. 53)

Conclui o autor que o “Novo Código de Processo Civil traz em seu bojo a queda de diversos paradigmas e, de consequência, uma verdadeira reformulação conceitual de todo o sistema processual, ancorado em normas constitucionais”. (SANTANA, 2019, pg. 52).

E, inegavelmente, os princípios processuais que norteiam o processo judicial alcançam o procedimento investigatório a cargo do Ministério Público, tanto em virtude da incidência dos princípios constitucionais quanto pela viabilidade de solução do conflito pelo sistema multiportas, antes da efetiva judicialização da demanda.

### 3 INQUÉRITO CIVIL – CONCEITO E CARACTERÍSTICA

O inquérito civil constitui instrumento relevante de investigação administrativa, a disposição do Ministério Público, criado na Lei n. 7.347/85 e consagrado na Constituição de 1988.

Importante ressaltar que o Inquérito Civil, além da previsão no art. 129, inciso III, da Constituição Federal e Lei de Ação Civil Pública, também fora contemplado em outros regramentos, como a Lei 7.853/1989 (Proteção às pessoas com deficiência; Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), Lei

nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público).

Acerca de sua natureza jurídica, prevalece o entendimento de que se trata de mero procedimento do qual se vale o Ministério Público para colher elementos de convicção, destinado à análise concreta acerca da viabilidade da instauração de uma ação civil ou a pertinência de outras providências administrativas.

Buscando arrostar a visão reducionista, fica consignado que o Inquérito Civil se destina ao fornecimento de elementos ao Ministério Público “para que possa formar seu convencimento sobre os fatos e, sendo necessário, identificar e empregar os melhores meios, sejam eles judiciais ou extrajudiciais, para a defesa dos interesses metaindividuais em questão”. (ANDRADE A.; MASSON; ANDRADE L., 2020, pg. 196)

Com base nos parâmetros adotados para delimitar a natureza jurídica, extrai-se que não se presta o Inquérito Civil à imposição de qualquer penalidade ou restrição de direitos, donde se extrai o fundamento prevalente de que não se aplica a disposição constitucional acerca do contraditório, nos termos do art. 5º, inciso LV da Constituição da República.

Sobre referido ponto, pondera Hugo Nigro Mazzilli que o inquérito civil é “destinado apenas à formação da convicção do órgão do Ministério Público para a propositura ou não da ação pública, não se prestando por si só, ao juízo condenatório, de forma que não se há de exigir intimação prévia do advogado para as inquirições que nele devam ser colhidas”. (MAZZILLI, pg. 574)

E conclui referido autor:

(...) o inquérito civil é uma investigação administrativa a cargo do Ministério Público, destinada basicamente a colher elementos de convicção para eventual propositura de ação civil pública; subsidiariamente, serve para que o Ministério Público: a) prepare a tomada de compromissos de ajustamento de conduta ou realize audiências públicas e expeça recomendações dentro de suas atribuições; b) colha elementos necessários para o exercício de qualquer ação pública ou para se aparelhar para o exercício de qualquer outra atuação a seu cargo”. (MAZZILLI, pg. 561).

Quanto à Lei nº 13.245/16, o renomado autor destaca que o acesso conferido ao advogado não deve frustrar o sigilo de diligências imprescindíveis, ou

mesmo afrontar a proteção em favor de outro investigado, não tutelado pelo mesmo procurador.

“Esse amplo acesso do advogado aos procedimentos investigatórios não pode, porém, chegar ao ponto de comprometer o regular e fluente andamento do inquérito. E ainda não se deverá dar acesso integral dos autos ao advogado, se neles houver documentos cobertos por sigilo legal que não se refiram ao seu constituinte; outrossim, há hipóteses em que o sigilo deve ser mantido, porque imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. O Poder Judiciário, entretanto, pode liberar a quebra do sigilo. (MAZZILLI, pg. 575)

### 3.1 MITIGAÇÃO DA NATUREZA INQUISITIVA DO INQUÉRITO CIVIL

A despeito da prevalência do posicionamento acerca da prescindibilidade do contraditório pleno em sede de Inquérito Civil, inegável que a participação da parte adversa na coleta das provas, ainda que previamente limitado o conteúdo desta atividade, poderá contribuir sobremaneira para o deslinde do procedimento.

Fabrizio Veiga Costa e Davi de Paula Alves salientam o contraditório no âmbito administrativo como instrumento de autoinclusão no espaço processual, sendo que o processo coletivo permite o empoderamento do cidadão.

“Nesta ótica é que se torna importante trabalhar o modelo de processo como espaço de discursividade, que, tendo raiz neoinstitucionalista, considera a necessidade de participação de todos os interessados na construção de qualquer decisão final, seja jurisdicional ou pré-jurisdicional” (COSTA; ALVES. Jan/jun. 2021)

Atentando a referidas ponderações, vislumbra-se que, paulatinamente, o Brasil vem adotando meios alternativos de solução de conflito, tendo por marco relevante a Campanha “Conciliar é Legal e Necessário”, capitaneada pela Ministra Ellen Gracie, em 2006.

Posteriormente, adveio a Resolução 125 do CNJ que determinou a instituição dos centros de mediação, seguida pela Lei nº 13.140/2015 que estendeu a possibilidade de mediação pela Administração Pública e o Código de Processo Civil de 2015, que adotou o sistema multiportas para a resolução adequada de conflitos.

Hermes Zaneti Júnior e Gustavo Silva Alves acentuam que “o ordenamento jurídico brasileiro encontra-se voltado à garantia dos direitos fundamentais e à defesa da ordem jurídica e do regime democrático”. E acrescentam:

“Entre esses e outros motivos, afirma-se que essa

função resolutive deixou de ser subsidiária, passando a assumir, agora, papel cada vez mais central em sua atuação, inclusive nos Inquéritos Cíveis. Assim, o MP deve prestigiar, sempre que possível, os mecanismos de justiça multiportas previstos no CPC/15, como meios alternativos de possibilitar uma adequada e satisfativa tutela dos direitos”. (ZANETI, ALVES. 2016, pg. 298-319)

Não se apresenta razoável, portanto, a manutenção rígida do Inquérito Civil, revelando-se salutar maior abertura à atividade participativa do cidadão investigado e a instalação de atividade dialógica para que a finalidade de maior eficiência pelos meios consensuados alcance também a fase administrativa de processos de relevo, como as ações civis públicas.

A propósito, pautados na imperiosidade de adequação do Inquérito Civil aos preceitos constitucionais e ao sistema multiporta adotado pelo Código de Processo Civil, Hermes Zaneti e Gustavo Silva Alves sugerem uma nova conceituação ao instrumento:

“O inquérito civil atualmente é procedimento formal, tendencialmente inquisitivo, que deve preservar o direito – sempre que possível – aos investigados e representantes (destinatários do ato final) consistente na tríplice opção: a) ajuizamento da ação; b) compromisso de ajustamento de conduta às exigências do ordenamento jurídico; ou, c) arquivamento. Preserva-se assim, o direito de influenciar na tomada de decisão, propiciando a progressiva processualização através da garantia do contraditório”. (ZANETI, ALVES. 2016, pg. 298-319)

## 4 PRODUÇÃO DE PROVAS E NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NA FASE ADMINISTRATIVA

Ao promover a instauração do Inquérito Civil, o Ministério Público poderá produzir as provas que reputar necessárias, desde que não acobertadas por

restrição legal, como por exemplo o sigilo de dados telefônicos. Verifica-se que a própria Constituição Federal outorgou ao Ministério Público atribuição para expedir notificações e requisitar documentos, conforme se infere do disposto no art. 129 da Magna Carta.

Por outro lado, com a edição do Código de Processo Civil de 2015, a autonomia de vontade das partes estampa maior relevância, inclusive no âmbito probatório, sendo que o art. 190 de referido código assenta a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais atípicos.

Ademais, conforme o artigo 369 do Código de Processo Civil - CPC, as partes podem utilizar todos os meios legais e morais, ainda que não previstos em lei, para provar suas alegações no processo.

Referidos dispositivos ampliam as possibilidades de atuação das partes, de forma que o procedimento figure como verdadeiro instrumento para a solução adequada do conflito.

Nesta vertente, em sendo prevalente que o inquérito civil peça não obrigatória, não cabe ao Ministério Público imprimir entraves de natureza procedimental.

A propósito, cita-se a advertência de Bedaque:

“É preciso, pois, iniciar movimento com o objetivo de mudar a mentalidade de todos os que influem na concepção e condução do processo. Não bastam alterações legislativas se o aplicador das regras processuais mantiver-se apegado ao formalismo estéril”. (BEDAQUE, p. 53)

Não se pode olvidar que o art. 6º, § 5º da Resolução CNMP n. 23/2009 garante a qualquer pessoa o direito de apresentar documentos e informações para melhor elucidação dos fatos.

Sobre o tema, Fernando da Fonseca Gajardoni ressalta:

“O contraditório é verdadeira condição de existência e validade das provas, vez que ele é exigência constitucional impostergável em todos os momentos da atividade instrutória. Exatamente por isto, alguns autores têm entendido, com alguma razão, que a prova colhida no inquérito civil poderá ser considerada válida – inclusive com dispensa de

sua renovação em juízo –, se eventualmente o presidente do inquérito permitir a participação plena dos interessados e advogados na colheita da prova. Quer dizer, quanto maior o contraditório, havido na colheita extrajudicial da prova, maior seria o valor emprestado pelo juiz a ela no momento do julgamento da ação civil pública. Para estes autores, seria lícito, inclusive, ao juiz dispensar, nestas condições de contraditório extrajudicial pleno, a renovação da prova em juízo, principalmente quanto às periciais realizadas por órgãos públicos oficiais (que serão os mesmos, em regra, a realizar a prova judicialmente ordenada”. (GAJARDONI, 2012, p. 81)

Discorrendo sobre os Interesses Difusos e Coletivos, Andrade A., Masson e Andrade, L., no mesmo desenrolar, indicam uma ferramenta preciosa à disposição do Ministério Público para a arrecadação de elementos para a delimitação fática do ilícito investigado, favorecendo a participação do cidadão e entes interessados: a audiência pública.

“Ela consiste em uma assembleia, para a qual são convidadas autoridades, entidades da sociedade civil e comunidade interessada, e em meio à qual, segundo as regras estabelecidas pelo presidente do inquérito, os diversos interessados podem manifestar suas considerações acerca da questão em foco. A opinião dos presentes à audiência não vincula o membro do Ministério Público, mas pode contribuir para o encontro da melhor solução para o caso, bem como conferir uma maior legitimidade à atuação da instituição”. (ANDRADE A., MASSON, ANDRADE, L. 2020: p. 211).

Por fim, acerca do fundamento jurídico, Edilson Vitorelli aponta para a realização de negócio jurídico processual, de forma a resguardar a validade da prova produzida.

“Nada impede que o Ministério Público acorde com o investigado a participação na produção da prova e, com isso, sua produção em contraditório. Tanto o art. 190 do CPC, que institui, de modo geral, a figura das convenções processuais, quanto o art. 471 do mesmo Código, que autoriza a escolha consensual do perito pelas partes, militam em favor dessa conclusão. Havendo interesse recíproco, é possível permitir que a produção de provas no âmbito do inquérito civil se faça em contraditório e, também de comum acordo, ambas as partes aceitem que aquela prova, qualquer que seja o seu resultado, substitua a prova que viria a ser produzida em juízo”. (VITORELLI, p. 220).

Inarredável, pois, que a realização compartilhada da prova em sede de Inquérito Civil, sobretudo, com relação às periciais, afigura-se como providência relevante no gerenciamento dos processos, contribuindo para a solução célere e menos onerosa do conflito.

Ao contrário, a postura recalcitrante, pautada nas “Teorias da última palavra” (CAMBI, 2021) ou a intransigência com regras meramente procedimentais, apenas contribui para o arrastamento da demanda e crescimento exacerbado do acervo pendente de solução.

Ou seja, qualquer abertura promovida pelo presidente do Inquérito Civil à participação do investigado possui o condão de atribuir maior robustez e legitimidade às provas arrecadadas, razão pela qual apresenta-se recomendável que o propósito de celeridade empregado para sustentar a postura inquisitorial curve-se à segurança jurídica e efetividade.

## 5 DISPENSA DO REFAZIMENTO DA PROVA NA FASE JUDICIAL

Os elementos de prova colhidos na fase pré-processual podem desbordar na formulação de solução consensual ou mesmo viabilizar o arquivamento do procedimento investigatório. Entretanto, constatada a imperiosidade do ajuizamento da ação, tais

componentes probatórios estamparão maior ou menor eficácia de acordo com o envolvimento do investigado.

Neste sentido, a vedação de participação do investigado no Inquérito Civil trará prejuízos incontornáveis aos princípios do contraditório substancial e da ampla defesa, mormente, quanto às provas irrepetíveis.

Descortinada a valia da reflexão, o aproveitamento adequado da prova produzida na fase extraprocessual fora objeto de pesquisa no direito comparado por vários autores, com a finalidade de se amearhar pontos de vantagens compatíveis com a legislação brasileira.

Descrivendo sucintamente a Discovery, Ursula Ribeiro de Almeida explica a sistemática do direito estadunidense, em que os litigantes podem fazer ampla investigação antes da estabilização da demanda. (ALMEIDA, 2012)

Esclarece a autora:

“O processo civil ‘ordinário’ se divide em duas partes: pretrial e trial. Na primeira, as partes apresentam as suas pretensões, colhem as provas (evidences) e delimitam as questões de fato e de direito controvertidas na pretrial order, que encerra essa primeira fase. No julgamento (trial), que pode ser perante o júri ou o juiz togado, as partes apresentam novamente suas pretensões e produzem todas as provas oralmente em audiência e a sentença é proferida”.

(...)

“A colheita das provas (evidences) é feita diretamente pelas partes em que uma pode solicitar diretamente a outra – sem prévia apreciação do juiz ou outra autoridade, salvo se a informação for protegida por um privilégio – informações, documentos, depoimento pessoal ou inquirição de determinada testemunha. As declarações e as respostas são prestadas perante funcionário do tribunal, que as registra em ata”.

Edilson Vitorelli também se debruçou sobre o sistema estadunidense, transportando ao Inquérito Civil as vantagens da adoção de seus contornos e adverte que, para que o inquérito civil funcione como Discovery, alguns requisitos são necessários.

“Finalmente, a produção adequada da prova durante o inquérito civil pode servir para fomentar um acordo ou mesmo evitar a ação. Se ambas as partes concordam que a prova não poderá ser repetida em juízo, suas conclusões favoráveis ao MP possivelmente permitirão que se avance para uma solução consensual. De outro modo, se a prova indicar a insubsistência do que foi investigado, é provável que o inquérito seja arquivado, poupando o investigado de consideráveis despesas”. (VITORELLI, pg. 220)

(...)

“Primeiro, o investigado deve ser formalmente cientificado das diligências e da possibilidade de nelas intervir. Segundo, os limites da sua participação devem ser bem definidos, incluindo oportunidades razoáveis e significativas de intervir na produção probatória. Isso abrange a possibilidade de participar da escolha do perito, formular quesitos, acompanhar os trabalhos e debater as conclusões, indicar testemunhas para serem ouvidas pelo Ministério Público, participando também dos respectivos depoimentos, analisar os documentos obtidos no inquérito e fornecer outros, solicitar inspeção ministerial em locais importantes para o conhecimento da controvérsia, participar de audiência pública, fornecer dados estatísticos, epidemiológicos ou outros que sejam relevantes e participar de reuniões com os subgrupos afetados pelo litígio”. (VITORELLI, pg. 221)

Outrossim, Thiago Simões Pessoa, após aquilatar as dificuldades da Discovery em muito relacionada com a amplitude da utilização e gastos daí decorrentes, frisa:

“Inicialmente, é possível afirmar que o instituto da Discovery é em grande medida responsável pela diminuição de casos que chegam ao trial, bem como pela obtenção de um alto percentual de litígios resolvidos por meio da autocomposição.

E não é nenhum segredo que a diminuição de casos que chegam a fase de trial, acaba por via transversa estabelecendo uma melhor qualidade da prestação jurisdicional, uma vez que o julgamento de mérito se concentra em um menor número de casos, podendo alocar recursos e tempo para a resolução de casos que realmente necessitam”. (PESSOA, 2019).

Evidentemente, os meros apontamentos sobre a Discovery não estampam o aprofundamento necessário acerca do tema, com a abordagem histórico-cultural dos países em que se adota o procedimento, suas dificuldades e tempo de construção de um sistema estável.

Verifica-se, além disso, que o sistema da Discovery não guarda correlação com qualquer instituto processual previsto na legislação brasileira. Mas a análise do sistema estadunidense, presta-se à ilustração de que a produção antecipada de provas, ainda que não verificada a situação de urgência, constitui método salutar para a busca da solução consensual, para a averiguação sobre a conveniência do ajuizamento da ação e, caso proposta aquela, facilita a delimitação da lide.

Deduz-se que, quando o Ministério Público proporciona a participação do investigado na produção de provas, prescindível a repetição em Juízo, sendo que eventuais pontos de esclarecimento poderão ser sanados por outros meios menos onerosos e mais céleres.

Por fim, a sucinta abordagem franqueia uma reflexão sobre o conduzir participativo e diferenciado na produção probatória sem a intervenção do Poder Judiciário, contribuindo para o debate acerca dos fundamentos para a extensão do contraditório substancial ao Inquérito Civil.

## 5 PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Conforme ponderado alhures, o Inquérito Civil constitui instrumento disponível exclusivamente ao Ministério Público, em que serão realizadas diligências e provas aptas a respaldar a atuação decisória do representante do parquet.

De igual forma, inarredável que perdura a postura recalcitrante do Ministério Público quanto ao contraditório no procedimento investigatório e à participação efetiva do cidadão investigado.

Por outro lado, não se pode ignorar que a instauração do Inquérito Civil e a publicidade do procedimento como regra possui o condão de afetar a órbita de direitos do investigado, como sua dignidade e reputação, com a divulgação midiática de investigação unilateral.

Havendo, portanto, impedimento à participação efetiva e substancial no Inquérito Civil, o investigado poderá se valer do procedimento de produção antecipada de provas.

Inclusive, referida solução se aplica àqueles que não concordam com a atribuição de natureza de prova aos elementos arrecadados pelo Ministério Público em sede de Inquérito Civil, eis que o procedimento não é conduzido por um sujeito imparcial.

Imperioso atentar que, segundo o Enunciado 50 do FPPC, "os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz".

Flávio Luiz Yarshell, citado por Ursula Ribeiro de Almeida, "propõe a renovação da concepção de que a prova é um direito da parte com a única finalidade de formar o convencimento do juiz e afirma que também é um direito do litigante ter conhecimento dos fatos". (Apud: ALMEIDA, 2012)

Em complemento ao raciocínio, externando a avaliação de tempo despendido e recursos gastos como pontos de ressalva e a despeito das dificuldades, Tiago Simões Pessoa extrai a importância da produção partilhada da prova em processo cooperativo.

"Assim, no âmbito de um processo cooperativo, além da finalidade de convencimento do juiz acerca das alegações de fato realizadas, também não se pode esquecer que a prova tem o objetivo de promover o convencimento das partes acerca das situações que pensam ter, bem como a demonstrabilidade destas em Juízo". (PESSOA, 2019)

Em consonância com o princípio cooperativo, atualmente, a produção antecipada de provas não mais ostenta a necessidade de demonstração de urgência, eis que o art. 381 do Código de Processo Civil de 2015

possibilita o pedido quando a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito" (artigo 381, inciso II); ou "o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação (artigo 381, inciso III).

A produção autônoma da prova, portanto, revela inúmeros benefícios, ofertando maior certeza acerca do direito em disputa e, ainda, atende ao disposto no art. 166 do Código de Processo Civil, acerca da "decisão informada".

## 6 - SOLUÇÃO DIALÓGICA DA DEMANDA

Reflexivamente à relevância da produção partilhada da prova no âmbito pré-processual, indicam-se os meios de solução consensual do litígio, decorrentes a expansão do sistema negocial, paulatinamente adotado na legislação brasileira.

Tais alterações refletiram no âmbito da Administração Pública e nos denominados interesses públicos, conforme se extrai do art. 174 do Código de Processo Civil e dos artigos 26 e 27 da Lei nº. 13.665/2018 (LINDB).

Ademais, o artigo 3º, § 3º do Código de Processo Civil afirma que a conciliação, mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados pelos intervenientes, inclusive o Ministério Público, em qualquer fase do processo.

Luciana Fernandes Portal Lima Gadelha, tratando da necessidade de introduzir do diálogo entre as partes especificamente nos processos afetos ao Ministério Público, transcreve as lições de Bruno da Fonseca, in verbis:

"A autocomposição incompatibiliza-se com o descaso às garantias processuais, como o contraditório e a ampla defesa. Ao revés, é processo participativo, dialógico e transparente, que rende homenagem à liberdade, à igualdade e à autonomia das pessoas. A relativa informalidade do IC e de outros procedimentos administrativos em trâmites nas Procuradorias e Promotorias possibilitarão debate exaustivo, franco, informal e direto sobre o caso concreto". (GADELHA, 2017, p. 61-86)

Ressalte-se que existem inúmeras formas de solução consensual do litígio, na fase pré-processual ou judicial, sendo ferramentas imprescindíveis para o tratamento adequado dos conflitos.

A propósito, as considerações de Carlos Alberto Salles:

“O modo judicial de solução de controvérsias deve ser visto como uma das formas dentro de um universo de alternativas parciais ou totalmente direcionadas aos mesmos fins. O reconhecimento dessa realidade permite melhor enquadrar a escolha e o momento de se recorrer a determinado mecanismo de solução de conflito. Isso possibilita, em longo prazo, uma redução da sobrecarga do Judiciário, mas também tem a real importância de propiciar canais para uma resposta mais adequada à situação do interessado”. (Apud: MANCUSO, 2013: pg. 164)

Dentre as alternativas de solução de conflito, para o Ministério Público sobrelevam-se o Termo de Ajustamento de Conduta e o Acordo de Não Persecução Cível, instrumentos que terão ampliado o âmbito de êxito quanto maior a discursividade nas diligências probatórias prévias.

## 6.1 – COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA.

O compromisso de ajustamento de conduta constitui-se no acordo celebrado entre o Ministério Público e uma parte interessada, para a proteção de direitos difusos, coletivos e/ou individuais homogêneos, pondo fim a um litígio. Encontra-se regulamentado pela Lei n.º 7347/1985, art. 5º, § 6º, consoante redação dada pela Lei n.º 8038/1990, art. 113.

Trata-se de um meio consensual de prevenção e resolução de conflitos que, segundo Rodolfo de Camargo Macunso, não se identifica com mediação ou conciliação, “mas ao mesmo tempo de cada uma haurindo algumas características, sempre ao pressuposto de que ao fim e ao cabo sobrevenha a pacificação do conflito”. (MACUSO, 2103: pg. 103)

Sobre a relevância do instituto, referido autor frisa:

“O ponto fulcral a ser corretamente entendido é que por meio do compromisso de ajustamento de conduta o órgão celebrante não está dispondo sobre o direito ou o interesse material objetivado – nem o poderia, já que deles não tem a titularidade – mas em verdade está preservando o interesse metaindividual, de modo mais

célere e eficaz do que se poderia esperar caso ocorresse a judicialização da controvérsia, com os ônus, incertezas e percalços iminentes ao processo judicial”. (MACUSO, 2013: 105).

Acerca da natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, existe divergência se constitui verdadeira transação, destacando-se a impossibilidade de disposição do direito material, mas apenas à forma e prazos de cumprimento das obrigações avençadas.

Destacando que a Resolução 179/2017 define o compromisso de ajustamento de conduta como negócio jurídico, Andrade e Masson ressaltam que:

“Seja como for, não há dúvida sobre o caráter jurídico bilateral do compromisso, de modo que ele está sujeito às mesmas condições de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos em geral, sendo passível, portanto, de questionamento judicial quanto à falta de qualquer dessas qualidades”. (ANDRADE A., MASSON, ANDRADE, L. 2020: pg. 273).

## 6.2 – ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

A Lei n.º 13.964/2019, que deu nova redação ao §1º do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa trouxe novo instrumento de solução consensual do litígio, à disposição do Ministério Público, permitindo a formulação de Acordo de Não Persecução Cível.

A composição poderá ser realizada em qualquer fase do processo e sujeita-se à avaliação do órgão competente para a apreciação do arquivamento de Inquérito Civil quando firmado na fase pré-processual.

Ainda, o art. 17-B da Lei de Improbidade Administrativa, introduzido pela Lei n.º 14.230/2021, exige a homologação judicial do ANPC, independentemente da fase em que fora formulado, aproximando-se do regramento do ajuste previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

Consoante previsão do art. 17-B da Lei de Improbidade Administrativa, o acordo de não persecução cível possui uma cláusula resolutiva implícita.

“No entanto, a cláusula resolutiva no presente caso é ex vi legis, decorrente da natureza do instrumento previsto no art. 17-B da LIA, e não depende da vontade das partes nem de

pronunciamento judicial. Ao signatário prejudicado cabe, tão somente, avaliar se é melhor executar o acordo ou considerá-lo resolvido, em razão da natureza e relevância das obrigações inadimplidas". (SIMÃO, 2022, pg. 423)

Como meio de incentivo e coerção ao cumprimento da avença, o art. 17-B, § 7º da LIA estabelece, como efeito do descumprimento, a vedação de celebração de novo acordo pelo prazo de cinco anos.

A despeito das concessões mútuas inerentes ao negócio processual encetado pelo Ministério Público neste contexto, denota-se que a celeridade decorrente da avença outorga maior amparo à proibidade administrativa do que propriamente uma ação judicial, sujeita às intempéries processuais, sobretudo, pelo arrastamento e indefinição do problema por longos anos.

Portanto, descortina-se mais um procedimento no sistema multiportas, seguro e eficiente, para a tutela de interesses de relevo.

## CONCLUSÃO

Conforme se extrai da breve explanação, o neoconstitucionalismo e as ondas renovatórias de acesso à Justiça exigem a alteração de paradigmas e a racionalização dos meios processuais a fim de que o princípio da eficiência na solução de conflitos seja alcançado.

Com o modelo de processo cooperativo, inarredável que se assegure a efetiva participação das partes em todas as fases do processo, sendo o meio adequado para conferir a legitimidade para a atuação estatal na esfera de direitos do cidadão, ainda que sujeito à investigação.

Não se pode ignorar que a instauração do procedimento investigatório possui o condão de afetar a órbita de direitos do investigado, sobretudo, em decorrência do impacto midiático dos fatos.

Por consequência, a efetiva participação no procedimento investigatório vincula-se ao princípio constitucional do devido processo legal e ampla defesa, os quais não devem ficar adstritos à fase judicial.

Em sendo o Ministério Público instituição incumbida de resguardar os preceitos constitucionais, não se mostra congruente a manutenção de procedimento inquisitivo sob sua responsabilidade, sendo salutar um desempenho mais resolutivo.

Por fim, a alteração do perfil do procedimento pré-processual e a implementação de mecanismos de participação efetiva refletem no princípio da eficiência, com redução dos gastos do Estado, direcionamento da

atuação das partes interessadas no litígio e impacto positivo na desjudicialização de demandas.

A flexibilização procedimental viabiliza maior acesso ao modelo multiportas, adotado pelo Código de Processo Civil, refletindo inarredavelmente na prestação jurisdicional em decorrência do menor ajuizamento de processos.

Portanto, conclui-se que a instauração de um procedimento dialógico no Inquérito Civil constitui proeminente elemento de transformação social, desenvolvimento sustentável do direito e de toda a estrutura do sistema de justiça.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ANDRADE, Adriano. MASSON, Cleber. ANDRADE, Landolfo. Interesses Difusos e Coletivos. v. 1. 10. ed. Rio de Janeiro. Editora Método: 2020.

ARENHART. Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIN, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3. ed. São Paulo. Malheiros: 2010.

BUZANELLO, José Carlos. Direito Constitucional de Defesa. Revista FAPAD-Revista da Faculdade Pan-Americana de Administração e Direito, v. 1, n. 2, p. e047-e047, 2021.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo & Neoprocessualismo. Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. São Paulo: D' Plácido, 2021.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; BORTONCELLO, Luís Gustavo Patuzzi; LIMA, Diogo de Araújo. A Superação Da Míope Interpretação Da Indisponibilidade Do Patrimônio Público: O Acordo Em Ato De Improbidade Administrativa. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 22, n. 2, 2021.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; GARCIA, Emerson; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Improbidade Administrativa. Principais Alterações Promovidas pela Lei 14.230/2021. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D' Plácido, 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Reimpressão 2015. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. Reimpresso 2002.

CASTRO, Renato de Lima; GUARANI, Fábio André (Coord). CAMBI, Eduardo (org). Ministério Público: Prevenção,



Modelos de Atuação e a Tutela dos Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: DelRey Editora, 2014.

CNJ. Justiça em números 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em 18/11/2022.

COSTA, Fabrício Veiga; DE PAULA ALVES, Davi. Contraditório no inquérito civil como modelo participativo de tutela coletiva. *Revista Thesis Juris*, v. 10, n. 1, p. 84-114, 2021.

DE ALMEIDA, Ursula Ribeiro. Produção antecipada da prova sem urgência no direito ambiental: risco de dano ao meio ambiente. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 3, p. 135-164, 2013.

DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 20. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada autocomposição em direitos coletivos. *Civil Procedure Review*, v. 7, n. 3, p. 59-99, 2016.

FERRARESI, Eurico. Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo. Instrumentos Processuais Coletivos. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERRARESI, Eurico. Inquérito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GADELHA, Luciana Fernandes Portal Lima. A Celebração De Compromisso De Ajustamento De Conduta Pelo Ministério Público E A Ética Do Discurso Em Habermas. In: I CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE GLOBALIZACIÓN, ÉTICA Y DERECHO. p. 60. 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Direitos Difusos e Coletivos II. Ações Coletivas em espécie: ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo. Saberes do Direito 35., BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio (Coord). São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

JÚNIOR, Hermes Zaneti; ALVES, Gustavo Silva. Inquérito Civil, Contraditório E Improbidade Administrativa: Um Diagnóstico Crítico Dos Precedentes Das Cortes Supremas Brasileiras. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 17, n. 2, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. Meio Ambiente. Consumidor. Patrimônio Cultural. Patrimônio Público e Outros Interesses. 32. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

PESSOA, THIAGO SIMÕES. A Ação Probatória Autônoma Aplicada Ao Processo Coletivo. DO BRASIL, CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO. Dissertação de Mestrado. Curitiba: 2019.

SANTANA, Alexandre Ávalo. NETO, José de Andrade (Coord). Novo CPC. Análise Doutrinária sobre o Novo Direito Processual Brasileiro. v. 1. 2. ed. Campo Grande: Contemplar, 2019.

SIMÃO, Calil. Improbidade Administrativa. Teoria e Prática. 6. ed.. Leme/SP: Mizuno, 2022.

SUZIN, Luís Henrique. Os Principais Instrumentos Processuais na Tutela Civil de Proteção ao Meio Ambiente. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, v. 8, n. 1, p. 01-14, 2022.

VITORELLI, Edilson. Processo Civil Estrutural. Teoria e Prática. 3. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

## CRÉDITO RURAL: SISTEMA DE FINANCIAMENTO PÚBLICO DO AGRONEGÓCIO E ASPECTOS POLÊMICOS



**Heloísa Bagatin Cardoso<sup>1</sup>**

Com o desenvolvimento da Política Agrícola, na década de 60, houve um crescimento das legislações que tratavam do direito agrário a fim de criar mecanismos para o Estado fomentar a atividade rural e, conseqüentemente, a produção de alimentos, garantindo o bem-estar da população. Para tanto, a competência para criar normas foi delegada ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central foi dada a responsabilidade de executar e fiscalizar o cumprimento das disposições, conseqüentemente, houve crescimento na elaboração de normas jurídicas de direito agrário e o direito financeiro.

**Palavras-Chave:** Agronegócio; financiamento público; crédito rural.

---

<sup>1</sup> Servidora Pública. Palestrante, Escritora e Coordenadora de livros em direito agrário e agronegócio. Pós-Graduada em Direito do Agronegócio (IDCC). Especialista em Direito Aplicado (EMAP). Especialista em Direito Contemporâneo pelo Centro de Estudos Jurídicos Luiz Carlos). Bacharel em Direito (Unicuritiba). Tecnóloga em Comunicação Institucional e Empresarial (UTFPR). Coordenadora Nacional da União Brasileira dos Agraristas Universitários (UBAU), 2020-2022. Secretária Nacional da Comissão Nacional das Mulheres Agraristas da UBAU (CNMAU), 2019-2022. Membro da Comissão de Crédito e Financiamento Rural da UBAU, 2021-2022. Associada e Correspondente do Paraná da Academia Brasileira do Direito do Vinho (ABDVIN), 2019-2021. Membro da Associação Nacional dos Juristas Evangélicos (ANAJURE), 2015-2020. Conciliadora e Multiplicadora do Projeto Pacificar é Divino do TJPR.

## RURAL CREDIT: AGRIBUSINESS PUBLIC FINANCING SYSTEM AND CONTROVERSIAL ASPECTS



**Julson Arantes<sup>2</sup>**

With the development of the Agricultural Policy, in the 60's, there was a growth of the legislations that dealt with the agrarian right in order to create mechanisms for the State to foment the rural activity and, consequently, the production of food, guaranteeing the well-being of the population. To this end, the authority to create norms was delegated to the National Monetary Council and the Central Bank was given the responsibility of executing and supervising compliance with the provisions, consequently, there was an increase in the elaboration of legal norms of agrarian law and financial law.

**Keywords:** Agribusiness; public funding; rural credit.

---

<sup>2</sup> Pós-graduando em Direito Aplicado ao Agronegócio pelo IDCC/PR. Pós-graduando em Direito Processual Civil pelo IDP/DF. Membro da UBAU – União Brasileira dos Agraristas Universitários. Secretário-geral da Comissão Nacional de Crédito Rural e Financiamento do Agronegócio da UBAU. Foi aluno da Liga Universitária de Agraristas.

## INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento da Política Agrícola, na década de 60, houve um crescimento das legislações que tratavam do direito agrário a fim de criar mecanismos para o Estado fomentar a atividade rural e, conseqüentemente, a produção de alimentos, garantindo o bem-estar da população. Para tanto, a competência para criar normas foi delegada ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central foi dada a responsabilidade de executar e fiscalizar o cumprimento das disposições, conseqüentemente, houve crescimento na elaboração de normas jurídicas de direito agrário e o direito financeiro.

A lei 4.505, de 30 de novembro de 1964, representa um marco para o direito agrário nacional, uma vez que dispõe sobre o Estatuto da Terra, cujo um dos objetivos principais é a promoção da Política Agrícola. Trata-se de elaborar e efetivar um 'conjunto de providências de amparo' sendo o Estado um sujeito ativo, podendo interferir, de certo modo, nas relações privadas para garantir o bem-estar social e o cumprimento da função social da propriedade e da produção agropecuária.

Deste modo, compete ao Estado, e aos órgãos a que delegar competência, instruir o produtor rural de forma adequada, a fim de otimizar a produção e fornecer segurança ao trabalhador e aos investidores para, dessa forma, fortalecer a economia no setor primário em todo o território nacional. O Poder Público pode auxiliar esse processo de forma direta, com a concessão de crédito, oferecendo seguro rural e promovendo cursos de capacitação, ou indiretamente, com a manutenção de estradas e rodovias para facilitar o transporte e com a implementação de saneamento básico, energia elétrica e telefonia, melhorando as condições de vida no campo.

De fato, cediço que a melhor forma do governo intervir na economia e colocar em prática suas políticas é por intermédio de instrumentos creditícios, conforme previsto no art. 187 I, da CF, seja liberando ou reduzindo a oportunidade de crédito, como também determinando quais são os cultivos ou criações que receberão maiores facilidades de financiamento. Assim, consegue organizar a produção agropecuária para atender ao mercado interno e externo.

Vale destacar, ainda, a Lei 4.829/65, que institucionalizou o crédito rural no país, e o Decreto-Lei 167/67, que dispõe sobre os títulos de crédito, criando um regime próprio aos contratos bancários rurais, inclusive, no tocante aos encargos financeiros aplicáveis as operações de crédito, distintos dos contratos de mútuo comum, a fim de incentivar o setor agrícola.

Bordenave explana que a agricultura constitui um complexo bioeconômico, no qual "combinam-se aspectos de ordem pessoal, de ordem ecológica e de ordem institucional"<sup>1</sup>, mas muitos desses fatores não podem ser controlados pelo agricultor, o que imprime à agricultura um caráter aleatório. Assim, o autor acredita que os maiores inimigos do produtor rural são o risco e a incerteza. Conforme expõe Barros<sup>2</sup>, além dos fatores sazonais que tornam a atividade rural de alto risco, o homem do campo ainda teria contra si a instabilidade da política exclusivamente econômica do governo, logo, o crédito rural não configuraria uma benesse governamental, mas sim uma "imposição ditada pelo binômio risco da produção e necessidade social de alimentar".

Com a institucionalização do SNCR grandes mudanças ocorreram na sociedade brasileira, pois a partir dos investimentos realizados no setor agropecuário, tornou possível a expansão da atividade agrícola no Brasil, atraindo não somente novas tecnologias, mas também, investimentos do setor privado, o que impulsionou a produção agrícola e conseqüentemente a economia nacional. Desse modo, com a expansão das fronteiras agrícolas, o Brasil passou a ocupar a posição de grande protagonista na produção mundial de alimentos, o que demanda para o futuro uma grande captação de recursos, pois um dos grandes desafios do mundo moderno é garantir a segurança alimentar de maneira sustentável, o que demanda uma evolução constante na produção alimentar, acompanhando a crescente demanda populacional, que busca erradicar a fome com a adoção de práticas sustentáveis que garantirão um meio ambiente equilibrado para as futuras gerações.

Nesse cenário a MP nº 987/2019 convertida em lei, que passou a ser conhecida por "Lei do agro" (Lei nº 13.986/2020), foi introduzida no ordenamento jurídico como uma medida para reestruturar os sistemas de financiamento do agronegócio, uma vez que essa crescente demanda por recursos tornou-se um desafio a ser superado o quanto antes, desse modo, medidas que fomentassem a produção agropecuária foram adotadas, dentre elas, desburocratizar o crédito rural, com a adoção de garantias mais robustas e céleres que possibilitassem a manutenção do fluxo de retorno dos empréstimos, evitando assim, o encarecimento do crédito e oportunizando o acesso a ele. Medidas essas que influem em segurança jurídica não somente para os componentes do SNCR, mas também para os investidores do financiamento privado, atraindo recursos de investimento para o complexo agroindustrial.

<sup>1</sup> BORDENAVE, Juan E. Diaz. O que é comunicação rural. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 19.

<sup>2</sup> BARROS, Wellington Pacheco. Curso de Direito Agrário. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1996. p. 154-155.

Importante frisar que o crédito rural, objeto de estudo do presente trabalho, é uma política agrícola pública, e não se confunde com o sistema de financiamento privado, pois o crédito rural é um sistema de financiamento altamente controlado pelo Estado. Enquanto o financiamento privado é um sistema que surgiu em razão da crescente necessidade de investimento do agronegócio brasileiro. Sendo o ponto chave, a limitação de recursos do crédito rural, o que demandou o investimento particular, que se procedeu mediante a Cédula de Produto Rural (CPR) em 1994.<sup>3</sup>

Cumprido ressaltar que embora os aspectos estabelecidos no presente trabalho possam incidir nas condições estabelecidas em ambos os sistemas de financiamento, ele se limita a analisar as relações e instrumentos jurídicos do sistema de financiamento público.

Portanto, o presente artigo procura descrever um pouco da estrutura do crédito rural, os objetivos e finalidades do mútuo, bem como os encargos financeiros aplicáveis aos contratos, uma vez que as operações rurais possuem tratamento especial em relação ao crédito comum, abordando ainda, temas polêmicos que permeiam as relações jurídicas do crédito rural, a saber, i) suspensão do plano safra 2021/22; ii) venda casada; iii) prorrogação x renegociação; iv) a (in)constitucionalidade da execução extrajudicial.

Após a adoção dessas novas modalidades de garantia, sendo uma delas a alienação fiduciária, uma conhecida de longa data das instituições credoras do agro componentes do SNCR, mas que passou a ganhar maior relevância, por demandar de um procedimento de execução extrajudicial com uma rápida satisfação da dívida, procedimento este que polarizava a doutrina quanto a constitucionalidade dessa modalidade de execução em detrimento de princípios constitucionais, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e da garantia constitucional de acesso à justiça. Nesse mesmo sentido, foram introduzidos a CIR e o PRA por intermédio da lei do agro, embora sendo o PRA uma inovação que atendessem as necessidades do agro de maneira excepcional, demandava do mesmo procedimento extrajudicial, com celeridade e segurança jurídica para os investidores.

Por todo o exposto, o presente trabalho, propõe-se a analisar as relações jurídicas decorrentes

do crédito rural e o procedimento de execução extrajudicial de bens imóveis a luz da Constituição Federal, descrevendo o SNCR, estudando como influenciam os princípios constitucionais que polarizam a doutrina nessas relações jurídicas, e se de fato, o procedimento de execução extrajudicial viola os preceitos estabelecidos na Constituição Federal.

## 1 CRÉDITO RURAL

### 1.1 SISTEMA NACIONAL DE CRÉDITO RURAL

O marco para a estruturação do Sistema Nacional do Crédito Rural foi a Lei da Reforma Bancária (Lei 4.595/64) que instituiu o Conselho Monetário Nacional (CMN) e o Banco Central (Bacen).

Marcus Reis<sup>4</sup> explica que no SNCR existe uma interação entre a esfera pública e privada, onde a primeira estabelece as diretrizes, fontes de recurso e fiscalização, e a segunda promove a negociação do crédito entre o produtor rural e a instituição financeira ou equiparada.

Dick sustenta que a política de crédito no Brasil realiza-se de acordo com o escalonamento de valores determinados pelo Poder Executivo Federal, sendo que o CMN é o responsável pelas decisões executadas pelo Bacen, com a intermediação do Sistema Financeiro Nacional (SFN)<sup>5</sup>. Deste modo, Barros explana que o CMN constitui-se em um colegiado que tem competência para fixação dos procedimentos do crédito rural, "especialmente na avaliação, origem e dotação dos recursos a serem aplicados; na expedição de diretrizes e instruções; critérios seletivos e de prioridade e fixação e ampliação dos programas".<sup>6</sup> Neste mesmo sentido, Lutero<sup>7</sup> destaca que foi delegada a normatização do crédito rural ao CMN, pois havia necessidade de que esta fosse feita de forma célere (o que não seria possível com a tramitação morosa do processo legislativo).

No tocante ao Bacen, este assume a responsabilidade de gerenciar a atuação de todas as instituições financeiras que trabalham com o crédito rural, como assevera Barros<sup>8</sup>, "elaborando planos globais de ação para a implementação dos financiamentos, inclusive na forma de distribuição e incentivo da produção rural"

Ademais, Igor Tenório afirma que é competência do BACEN:

Brasil e operacionalizada pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Nacional de Crédito Rural." DICK, Ana Luisa Ullmann. Manual do Crédito Agrário. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 20-21.

<sup>6</sup> BARROS, 1996, p. 140.

<sup>7</sup> PEREIRA, Lutero de Paiva. Crédito Rural Limites da Legalidade. Tomo I. Curitiba: Juruá, 1992. p. 29-30.

<sup>8</sup> BARROS, 1996, p. 140.

<sup>3</sup> TORMA, Francisco, Diferenças entre crédito rural e financiamento privado, AgroLei. 2019.

<sup>4</sup> REIS, Marcus. Crédito Rural – Teoria e Prática. Ed. Forense, 2019. p. 10.

<sup>5</sup> Segundo a autora, compete ao CMN: "Formular a política creditícia a ser conduzida pelo Sistema Nacional de Crédito Rural, em consonância com as diretrizes governamentais de desenvolvimento agropecuário. A decisão do Conselho Monetário Nacional é divulgada através de Resolução do Banco Central do

- a. dirigir, coordenar e fiscalizar o cumprimento das deliberações do CMN, aplicáveis ao crédito rural;
- b. sistematizar a ação dos órgãos financiadores e promover a sua coordenação com os que prestam assistência técnica e econômica ao produtor rural;
- c. elaborar planos globais de aplicação do crédito rural e conhecer a sua execução tendo em vista a avaliação dos recursos para introdução de correções cabíveis;
- d. determinar os meios adequados de seleção e prioridade na distribuição de crédito rural e estabelecer medidas para zoneamento dentro do qual devam atuar os diversos órgãos financiadores, em função dos planos elaborados;
- e. estimular a ampliação dos programas de crédito rural, mediante refinanciamento ou repasses a seus agentes financeiros;
- f) estimular a expansão da rede distribuidora do crédito rural, mediante refinanciamento ou repasses a seus agentes financeiros;
- g) executar o treinamento do pessoal dos órgãos do Sistema Nacional de Crédito Rural, diretamente ou mediante convênio.<sup>9</sup>

Segundo a Lei 4.829/1965 que institucionaliza o crédito rural, o SNCR é constituído de órgãos básicos, vinculados e articulados. Fazem parte da primeira classificação o Banco Central do Brasil, o Banco do Brasil S.A., o Banco da Amazônia S.A. e o Banco do Nordeste do Brasil S.A. Dentre os vinculados fazem parte o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), os auxiliares (agências de fomento, bancos estaduais e privados, Caixa Econômica Federal, cooperativas rurais e sociedades de crédito) e os incorporados (instituições integrantes do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo). Articulados são os órgãos oficiais de valorização regional e entidades de prestação de assistência técnica, cujos serviços as instituições venham utilizar em conjugação com o crédito, mediante convênio.

Tenório acrescenta que, além das instituições financeiras (privadas, públicas federais e não-federais) supramencionadas, também compõem o SNCR as entidades de prestação de assistência técnica e econômica ao produtor rural, órgãos oficiais e outras instituições admitidas pelo CMN.<sup>10</sup> Na concepção de Albuquerque, os estabelecimentos que integram o SNCR podem ser classificados em três categorias: entidades que estão autorizadas a conceder Crédito Rural sem limitação (como o Banco do Brasil S/A, Banco da Amazônia S/A e Banco do Nordeste do Brasil S/A), entidades que concedem ou participam do crédito rural através de autorização expressa da lei – mas nos limites por ela impostos – (como o Bacen, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social,

bancos estaduais e privados, sociedades de crédito) e entidades e associações que concedem financiamento rural em virtude de autorização oficial fornecida pelo Conselho Monetário Nacional (como a Cooperativa).<sup>11</sup> O autor entende necessária a autorização específica como elemento caracterizador do sujeito concedente do crédito rural, diante da finalidade própria do financiamento agropecuário, tendo habilidade técnica para examinar a proposta de modo adequado e fiscalizar a aplicação do crédito em consonância com a política agrária do país. A autorização especial pode ser de três tipos: decorrente da própria legislação, expressa em lei – mas condicionada ao cumprimento de requisitos – ou fornecida pelo Estado.<sup>12</sup>

A estrutura do SNCR também estava prevista no capítulo 1 do MCR, porém a partir da Resolução CMN nº 4883/2020 houve a reestruturação dos primeiros capítulos do Manual de Crédito Rural, passando a constar os requisitos necessários para que instituições financeiras possam operar com crédito rural, a saber: existência de setor especializado, conhecimento das normas básicas e sistematização do trabalho de acordo com a peculiaridade do crédito, disponibilização de serviços de assessoramento técnico em nível de carteira, indicação de recursos livres destinados ao crédito rural, designar responsável pela área.

O MCR também prevê a possibilidade da instituição financeira oferecer crédito rural por intermédio de agentes que podem prestar alguns serviços específicos, tais como: realização de cadastro do beneficiário; recebimento e análise preliminar das propostas, projetos e documentos exigidos pela legislação para a contratação; orientação do beneficiário acerca das normas que regulamentam o financiamento; fiscalização da aplicação do crédito; cobrança extrajudicial em caso de inadimplência ou descumprimento de alguma cláusula; guarda da documentação recebida. Vale ressaltar que o custo da contratação de agente de crédito não pode ser repassado ao cliente. Além do mais, a agência quando prestar serviços de assistência técnica e extensão rural não pode condicionar a sua contratação para liberação do crédito rural, sob pena de configurar venda casada.

Assim, denota-se a preocupação do Estado em criar o SNCR para administrar e suprir parte das necessidades da política creditícia do país no setor do agronegócio, a fim de fomentar o desenvolvimento da produção rural.

## 1.2 PLANO AGRÍCOLA E PECUÁRIO – PAP

Desde 2003, a execução do crédito rural se dá todos os anos através do Plano Agrícola e Pecuário –

<sup>9</sup> TENÓRIO, Igor. Curso de Direito Agrário brasileiro: com formulários. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 193-194.

<sup>10</sup> TENÓRIO, 1984, p. 192.

<sup>11</sup> ALBUQUERQUE, 1995, p. 210-211.

<sup>12</sup> ALBUQUERQUE, 1995, p. 212-213.

PAP, ou como é popularmente conhecido, Plano Safra, onde o Governo Federal divulga anualmente por meio do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) o montante de recursos e as condições que deverão ser observadas pelas instituições financeiras para o financiamento aos produtores rurais. Onde as diretrizes do crédito são traçadas para aplicação pelas instituições financeiras que compõem o SNCR, reunindo o conjunto de políticas de assistência técnica e extensão rural, crédito, seguro de produção, preço, comercialização e organização econômica, para atender em especial os pequenos e médios produtores rurais através de diferentes linhas de crédito.

No atual Plano Safra 2021/22 foram disponibilizados R\$ 251,2 bilhões para o crédito rural, com um valor 6,3% superior ao PAP anterior, o que reflete os custos da produção e a demanda estimada de recursos para o financiamento da safra, para realização de novos investimentos e para a comercialização e o processamento da produção. Do montante total 179,2 bilhões foram destinados para o financiamento de custeio, comercialização e industrialização. Já para os financiamentos de investimento, foram disponibilizados R\$ 73,4 bilhões, com aumento de 29% em relação à safra passada, objetivando assegurar e atender a crescente demanda por esses recursos.

Na formulação do Plano Safra 2021/22, estimou-se que o Tesouro Nacional gastaria R\$ 2,8 bilhões com a equalização de juros neste ano, sendo R\$ 960,1 milhões com operações de custeio, R\$ 413,8 milhões com empréstimos para investimentos, R\$ 10,5 milhões para linhas de comercialização e R\$ 1,4 bilhão com o Pronaf. Em 2021, o custo foi de R\$ 791 milhões. Ao todo, o governo vai gastar R\$ 13 bilhões com a subvenção do plano, dos quais R\$ 2,1 bilhões no orçamento de 2023.<sup>13</sup>

Conforme amplamente noticiado, foi suspenso temporariamente no dia 07/02/2022 as contratações de crédito rural nas linhas subsidiadas do Plano Safra 2021/22 até o fim de fevereiro pela Secretaria do Tesouro Nacional.

O ponto de partida para a suspensão, segundo o ofício do Ministério da Economia encaminhado às instituições financeiras, se deu através da Lei Orçamentária Anual (LOA), que foi aprovada com insuficiência das dotações orçamentárias que amparam os pagamentos de equalização de taxas de juros, e diante dessa insuficiência orçamentária para

custear novas operações subsidiadas, foi determinada a suspensão de novas contratações de financiamentos subvencionados entre os dias 07/02/2022 e 28/02/2022. Ainda, no mesmo ofício, asseveram os aumentos em sequência na taxa Selic, chegando a 10,75% a.a., o que eleva os gastos do governo com a equalização de juros nas operações de financiamento, ocasionando no esgotamento precoce dos recursos, tornando insuficiente o dinheiro alocado no orçamento do último ano para a subvenção.<sup>14</sup>

O Valor consultou os bancos, os quais afirmaram que ainda tinham linhas de crédito com subvenção abertas para operar nos cinco meses restantes do ciclo 2021/22. Porém, a suspensão atrapalha o planejamento dessas instituições, uma vez que elas se programam para ter sobras de recursos equalizados e oferecer empréstimos mais baratos aos produtores na reta final do Plano Safra, um diferencial competitivo em relação às taxas de mercado.<sup>15</sup>

Trata-se de situação similar com a que ocorreu no último ano, quando o Tesouro também determinou a suspensão das contratações. Todavia, diferentemente desta, a suspensão do Plano Safra anterior foi anunciada em maio, já quase ao final do ano-safra. Ademais, em 2021, a medida foi tomada em virtude de cortes de R\$ 2,5 bilhões no orçamento, posteriormente sendo suplementado com a aprovação de um PL.

Neste ano, diferentemente, os recursos foram insuficientes em virtude do crescimento dos custos do Tesouro para equalizar os financiamentos, fruto dos aumentos recorrentes na taxa Selic.

Para o consultor jurídico e ex-secretário de política agrícola do Ministério da Agricultura (Mapa), José Carlos Vaz, foi resultado da falta de condução adequada dos recursos para o crédito rural.

Vaz assevera que "Essa decisão é fruto de descoordenação do governo na gestão da política agrícola, que já começou o Plano Safra com problemas, com a suspensão de outras linhas. O produtor vai ser afetado, pois o recurso do plano agrícola acabou, mas a safra não".<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Sem recursos, Tesouro suspende contratação de linhas com subsídio no crédito rural. Valor Econômico. Disponível em: <https://valor.globo.com/agronegocios/noticia/2022/02/05/sem-recursos-tesouro-suspende-subsidio-ao-credito-rural.ghtml>. Acesso em: 10 fev. 2022.

<sup>14</sup> Sem recursos, Tesouro suspende contratação de linhas com subsídio no crédito rural. Valor Econômico. Disponível em: <https://valor.globo.com/agronegocios/noticia/2022/02/05/sem-recursos-tesouro-suspende-subsidio-ao-credito-rural.ghtml>.

recursos-tesouro-suspende-subsidio-ao-credito-rural.ghtml. Acesso em: 10 fev. 2022.

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> Produtor vai ficar sem financiamento e terá que buscar opções mais caras. Canal Rural. Disponível em: <https://www.canalrural.com.br/noticias/agricultura/producao-vai-ficar-sem-financiamento-e-tera-que-buscar-opcoes-mais-caras/>. Acesso em: 10 fev. 2022.

"O produtor vai ficar sem financiamento e terá que buscar opções mais caras. Ele que já está endividado por conta da estiagem, ainda vai ter aumento do custo do financiamento", continua.<sup>17</sup>

Diante dessa suspensão temporária dos recursos, Vaz recomenda ao produtor reduzir os gastos com insumos e buscar alternativas do financiamento privado, barter ou CPRs.

Não restando dúvidas assim, de que a subvenção do crédito rural oficial tem se tornado cada vez mais um desafio, seguindo a tendência da subvenção de recursos controlados serem destinados especialmente à agricultura familiar, ao pequeno e médio produtor, enquanto os demais, notadamente o grande passará a se utilizar apenas do financiamento privado, em detrimento da falta de recursos.

O governo terá ainda mais dificuldades para honrar com planejamento do Plano Safra, faltando recursos e ainda sendo necessário custear as renegociações de dívidas, alongamento de parcelas e crédito especial para quem foi prejudicado pelos problemas climáticos ocorridos na atual safra.

Depreende-se um custo de produção mais caro, prejudicando o produtor que precisará recorrer a financiamentos com taxa de juros mais elevadas, em especial, o pequeno produtor que se utiliza do sistema de financiamento público majoritariamente.

### 1.3 ESPECIALIDADE DO CRÉDITO RURAL

Alguns tipos de crédito são considerados especiais porque são conduzidos por princípios privativos a eles, sendo que na doutrina há diversos posicionamentos para esclarecer o motivo pelo qual o crédito rural é especial.

Dick acentua que o crédito rural enquadra-se no Direito Especial, pois constitui modalidade especializada do crédito comercial diante "de suas peculiaridades e estrutura de normas específicas, regulamentos e dispositivos especiais", assim como se caracteriza por ser o "suprimento de recursos financeiros, por instituições do Sistema Nacional de Crédito Rural (SNCR), para aplicação exclusiva nas finalidades e condições estabelecidas no Manual de Crédito Rural (MCR)".<sup>18</sup>

Ainda, Alvarenga<sup>19</sup> conceitua o crédito rural como sendo um suprimento para melhorar o setor agropecuário, frisando a necessidade de observar a medida e ocasião adequada de sua concessão. O doutrinador Bulgarelli<sup>20</sup> entende que a definição ainda pode ser complementada pelo art. 2º, § 1º, do

Dec. nº 58.380/1966, o qual estabelece que o suprimento de recursos será feito pelas instituições financeiras.

Logo, percebe-se que o crédito rural é especial por causa de sua função social, regravando-se por legislação própria, constitui-se como um instrumento da Política Agrícola que, por intermédio de instituições bancárias especializadas, injeta recursos financeiros em atividades agrárias, seja no âmbito de custeio, investimento ou comercialização, auxiliando o produtor ou empresa rural no desenvolvimento satisfatório de seu trabalho, de acordo com a modalidade de financiamento, tempo de liberação e cobrança de crédito.

### 1.4 OBJETIVOS E PRECEITOS DO CRÉDITO RURAL

O crédito rural foi institucionalizado pelo Decreto nº 58.380/66, prevendo em seu capítulo III a estrutura que deve cumprir, ou seja, as finalidades, modalidades, exigências e preceitos que precisam ser observados para garantir a função social dos recursos financeiros disponibilizados. Os objetivos do crédito rural estão elencados no art. 3º, da lei 4.829/65 (com semelhante redação no art. 3º, do Decreto 58.380/66), e no art. 48, da lei 8.171/91.

Resumidamente os objetivos pretendem fomentar o desenvolvimento econômico e sustentável da produção agropecuária, objetivando garantir a segurança alimentar no país, condição básica para garantir a ordem pública, a tranquilidade social e o desenvolvimento econômico-social.

Seja através da formação de capital para investimentos em pastagens, florestamento, reflorestamento, irrigação, eletrificação rural, locais de armazenagem, como galpões e silos, construções de benfeitorias ou reformas; até a comercialização dos produtos agrícolas, abrangendo todo o transporte, seja o carregamento, o seguro, a prevenção contra as pragas, os impostos, e o armazenamento; ou do custeio agrícola, em que consiste na aplicação do crédito para o financiamento das despesas necessárias para a produção agrícola e pecuária, sendo o crédito destinado somente para as despesas de fato pertencentes ao meio de produção. O que abrange o todo, desde a preparação do solo, a compra dos animais, a mão de obra rural, a compra dos insumos necessários, a

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> DICK, 1991. p. 25.

<sup>19</sup> "O crédito agrário pode ser definido como o suprimento adequado, suficiente e oportuno de recursos financeiros por estabelecimento de créditos oficiais e particulares, para aplicações que objetivavam incrementar os investimentos

agroindustriais reprodutivos bem como atender às necessidades de custeio e comercialização da produção agropecuária." ALVARENGA, 1974 apud ALBUQUERQUE, 1995, p. 66.

<sup>20</sup> BULGARELLI, Waldirio. Títulos de crédito. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 497.



colheita, o armazenamento, o transporte e o maquinário (tratores e veículos de transportes).<sup>21</sup>

Em relação ao inciso I, artigo 3º, da lei 4.829/65, Lutero Pereira comenta que o estímulo aos investimentos rurais é importante porque ajuda no poder de barganha do produtor rural junto ao mercado, quando se trata da comercialização, uma vez que pode agregar valores aos bens in natura através do beneficiamento ou industrialização, melhorando a rentabilidade. No tocante ao inciso II, do mesmo dispositivo, o autor sustenta que a concessão de crédito de custeio visa à implementação da atividade, enquanto o de comercialização permite que o produtor venda o produto em um momento mais favorável do mercado. Quanto ao terceiro objetivo, o fortalecimento econômico do produtor rural, o agrarista diz que para ser efetivado, precisa ser praticado com juros em taxas ou índices mais privilegiados e a época de cumprimento do contrato deve coincidir com a ocasião em que o produtor auferir receita da atividade financiada. O último objetivo específico diz respeito ao bem-estar e melhoria da condição de vida da população rural, que é possível por intermédio de "métodos mais racionais de exploração da terra, incluindo aí a própria preservação e defesa do solo".<sup>22</sup>

Albuquerque<sup>23</sup> afirma que os objetivos colimados do crédito rural são de diversas ordens, tais como de orientação (foco nos investimentos – armazenamento e transformação), capitalização (visa à harmonia entre a produção e comercialização), equilíbrio entre setores (fortalecimento do setor agrícola) e tecnificação (avanço tecnológico para promover o crescimento da produtividade).

Além dos objetivos, o legislador cuidou de tratar dos preceitos básicos inerentes ao crédito especial, no art. 50, da lei 8.171/91, quais sejam: i) idoneidade do tomador; ii) fiscalização pelo financiador; iii) liberação do crédito diretamente aos agricultores ou por intermédio de suas associações formais ou informais, ou organizações cooperativas; iv) liberação do crédito em função do ciclo de produção e da capacidade de ampliação do financiamento; v) prazos e épocas de reembolso ajustados à natureza e especificidade das operações rurais, bem como à capacidade de pagamento e às épocas normais de comercialização dos bens produzidos pelas atividades financeiras.

Proença destaca que a adequação, suficiência e oportunidade do crédito, não têm sido muito respeitadas, tendo em vista que os recursos são insuficientes e liberados com atraso, instigando o produtor rural a buscar financiamentos inadequados,

contraindo obrigações mais onerosas. Ainda, critica que a única segurança que interessa aos bancos são as garantias reais elevadas, "comprometendo, quase sempre, todo o patrimônio dos tomadores do crédito, pouco se preocupando com seu adequado planejamento"<sup>24</sup>.

Tendo em vista o receio da aplicação incorreta do crédito rural, a legislação também fez questão de elucidar as situações que não constituem função do mesmo (artigo 14, parágrafo único, Decreto 58.380/65), como por exemplo subsidiar atividades deficitárias ou antieconômicas, desvio para pagamento de outras dívidas ou fins especulativos.

Para Carlos Alberto Pereira, "os objetivos específicos do crédito rural visam, essencialmente, a fomentação da produção agrícola, com o fortalecimento econômico dos produtores rurais", não existindo a finalidade de lucro para as instituições concessionárias de crédito rural, pois ao agir com esse intuito estariam "violando a legislação rural e levando os produtores à inadimplência generalizada".<sup>25</sup>

Portanto, percebe-se que o produtor rural precisa aplicar corretamente os recursos financeiros segundo os objetivos do crédito rural para, posteriormente, poder eventualmente prorrogar sua dívida, dado que o desvio de finalidade impede a dilação do prazo de quitação e a inclusão em programas especiais de renegociação.

## 1.5 MODALIDADES E FINALIDADES

Existem cinco modalidades de operação no crédito rural, com base no art. 11 da lei 4.829/65, e também quatro finalidades distintas conforme o art. 11, do Dec. nº 58.380/66, atualizado pelo Decreto 8.769/2016, e artigo 9º, da lei 4.829/65.

A primeira modalidade de operação do crédito rural é a corrente, subdividida em sustentação, que serve para financiar atividades rurais consideradas integrantes da produção, e em planejado, que se destina a projetos específicos para melhorar os rendimentos e a produtividade. A segunda modalidade é o orientado ou educativo, que trata de assistência financeira e técnica-educacional, que pode ocorrer de forma orientada, no qual há um plano tecnicamente elaborado para melhorar os níveis de produtividade e rentabilidade, o dirigido, que busca aperfeiçoar a produtividade da exploração rural, sua introdução ou difusão em ambientes ecologicamente favoráveis, e o supervisionado, que é direcionado para o pequeno produtor rural para atender as suas necessidades também familiares, tendo como intuito elevar o nível

<sup>21</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Direito do Agronegócio. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 492 e 493.

<sup>22</sup> PEREIRA, 2008a, p. 55-57.

<sup>23</sup> ALBUQUERQUE, Marcos Prado de. Crédito rural. Cuiabá-MT: UFMT, 1995. p. 154.

<sup>24</sup> PROENÇA, Alencar Mello. Direito Agrário. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 108-109.

<sup>25</sup> PEREIRA, Carlos Alberto. Contratos de crédito. São Paulo: Centrograf, 2007. p. 21.

socioeconômico. A terceira modalidade de operação do crédito rural é especial, destinado às cooperativas de produtor rural - com gastos para integralização de cotas-partes de capital social, prestação e serviços aos cooperados, financiamento de trabalhos de custeio, coleta, estocagem, transporte e comercialização. Tem também a modalidade de operação de crédito para comercialização, a fim de garantir preços mínimos de remuneração para colocação da safra e industrialização dos produtos agropecuários, quando realizada por cooperativa ou produtor rural em sua própria propriedade. E, por fim, o crédito rural destinado aos programas de colonização e reforma agrária.

Em relação às finalidades, o crédito pode ser de custeio, quando serve para cobrir despesas ordinárias de vários setores, sendo estes a produção ou atividade agrícola (gastos com o preparo da terra até a colheita e seu armazenamento no imóvel rural, abarcando extração de produtos espontâneos, aquisição de mudas, sementes, adubos, corretivos do solo e defensivos, como, por exemplo, para plantações de soja, milho, feijão e café, compra de insumos e de silos); segmento pecuário ou piscicultura, apicultura e sericicultura (despesas com aquisição de sal, arame, forragens, rações, concentrados minerais, sêmen, hormônios, produtos de uso veterinário, corretivos do solo, defensivos, adubos, limpeza e restauração de pastagens, fenação, silagem, formação de capineiras e de outras culturas forrageiras) e agrícola e pecuário com aquisição de insumos para restauração e recuperação de áreas de reserva legal e de preservação permanente.

O crédito de investimento corresponde à formação de capital fixo e semifixo. O primeiro refere-se à implementação de culturas permanentes (incluindo pastagens, florestamento e reflorestamento), aquisição de máquinas e equipamentos de longa duração (como colheitadeira, trator, escavadeira), eletrificação rural, construção (silo, armazém, estrebaria, galinheiro), realização de reforma ou ampliação de benfeitorias e instalações permanentes, obras de irrigação e drenagem ou de recuperação do solo, e, por fim, respeitada a legislação florestal, o desmatamento e destocamento. O segundo, capital semifixo, trata de inversões para aquisição de animais de grande, médio e pequeno portes (destinados à criação, recriação, engorda ou de serviço), máquinas, implementos, veículos, equipamentos e instalações de desgastes a curto e médio prazo (utilizáveis nessas atividades). Em ambos os casos, o crédito rural destina-se a bens ou serviços que possam ser usufruídos durante várias safras ou ciclos de produção.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> PROENÇA, 1999, p. 109-111.

MARQUES, 2009, p. 155-156.

BARROS, 1996, p. 140-141.

<sup>27</sup> PROENÇA, loc. cit.

Ademais, as linhas de crédito de custeio e investimento podem abranger também gastos com a subsistência da família - no caso de pequenos e médios agricultores -, como alimentos, saúde, roupas e outros gastos básicos, conforme item 3-2-9 do MCR.

O crédito de comercialização serve para facilitar aos produtores rurais ou às cooperativas a colocação de suas safras ou produtos no mercado com a transformação da matéria-prima, podendo ser isoladamente ou como extensão do custeio (para cobrir despesas inerentes à fase imediata à colheita de produção própria, compreendendo armazenamento, seguro, manipulação, preservação, acondicionamento, impostos, fretes, carretas, formação de sementes e beneficiamento de grãos). Ainda, essa colocação pode ser feita mediante a negociação ou conversão em dinheiro de títulos decorrentes da venda da produção ou, ainda, por meio de operações para a garantia de preços mínimos fixados pelo governo federal, nas épocas próprias.<sup>27</sup>

Conforme lição de Dick<sup>28</sup>, os créditos de comercialização abarcam "a) pré-comercialização; b) desconto; c) empréstimos a cooperativas para adiantamento a cooperados, por conta de produtos entregues [e] d) empréstimos do Governo Federal - EGF", sendo que, nesta última (EGF) os beneficiários podem ser produtores rurais que desenvolvem atividades agrárias direta e indiretamente.

E, ainda, há o crédito de industrialização de produtos agropecuários realizados pela cooperativa ou até mesmo pelo próprio produtor rural em sua propriedade, que servem para financiar as despesas do processo de industrialização ou beneficiamento, incluindo, custeio de embalagens, rótulos, energia elétrica, impostos, materiais e equipamentos.

Deste modo, importante conhecer as modalidades e finalidades do crédito rural para que ele seja utilizado de forma adequada, sem desvio, garantindo a liberação do recurso.

## 1.6 BENEFICIÁRIOS

Albuquerque estuda a concepção de vários autores sobre quem seriam os beneficiários do crédito rural. A partir disso, entende que o empresário rural (ou empresa agrária) é a figura que satisfaz as exigências das diversas correntes, posto ser o portador do título (podendo executar os objetivos do financiamento e prestar garantias) apto a cumprir a finalidade particular do crédito, pois é o dirigente da exploração<sup>29</sup>.

O autor explica que é possível o financiamento ser concedido a uma associação e esta repassá-lo aos seus sócios ou participantes, tratando-se de uma

MARQUES, loc. cit.

BARROS, loc. cit.

<sup>28</sup> DICK, 1991, p. 26.

<sup>29</sup> ALBUQUERQUE, 1995, p. 218-219.

"operação preparatória do financiamento rural em si", com melhor garantia ao concedente (responsabilidade solidária) e maior facilidade de liberação de crédito aos beneficiários, principalmente, pequeno e médio produtores.<sup>30</sup>

Rizzardo aduz não existir "qualquer discriminação entre pessoas físicas e pessoas jurídicas", podendo ser beneficiário "todo produtor, considerado individualmente ou como empresa organizada, desde que exerça atividades agropecuárias". Assim, segundo o doutrinador, os comerciantes não podem se beneficiar do crédito rural, "ainda que intermediários na revenda de bens de natureza agrícola ou pastoril".<sup>31</sup>

A Resolução CMN nº. 4.929/2021 estabelece a classificação do produtor rural (pessoa física ou jurídica) segundo a Receita Bruta Agropecuária Anual, considerando todas as atividades rurais (exploração agropecuária, extrativismo vegetal e animal, e serviços afins): i) pequeno produtor é aquele com renda de até R\$ 500.000,00; ii) médio produtor quem obtém receita entre R\$ 500.000,00 e R\$ 2.400.000,00; iii) grande produtor quem obtém receita acima de R\$ 2.400.000,00.

Além dos produtores rurais, pessoas físicas ou jurídicas, e as cooperativas, o caput, do art. 49, da Lei 8.171/91, também apresenta que os indígenas podem ser beneficiários de crédito rural.

Pode ainda se beneficiar do crédito rural, nos termos da Lei nº 8.171/1991 e do Decreto-Lei nº 784/1969, pessoa física ou jurídica que embora não se enquadre como produtor rural, se dedique as seguintes atividades vinculadas ao setor: pesquisa ou produção de mudas ou sementes fiscalizadas ou certificadas; pesquisa ou produção de sêmen para inseminação artificial e embriões; prestação de serviços mecanizados de natureza agropecuária em imóveis rurais, inclusive proteção do solo; prestação de serviços de inseminação artificial em imóveis rurais; medição de lavouras e atividades florestais.<sup>32</sup>

Nota-se assim, mesmo com as delimitações trazidas pela Lei nº 4.829/1965 sobre o crédito rural, a sua concessão foi estendida às pessoas físicas ou jurídicas que atuam, direta ou indiretamente na atividade agrária, muito embora não estejam conceituadas como produtores rurais.

Não são beneficiários do crédito rural, em regra, estrangeiro residente no exterior, sindicato rural e parceiro, caso o contrato de parceria restrinja o acesso de qualquer das partes ao financiamento, e pessoa estranha ao grupo tribal ou indígena que exerça atividade agropecuária em área de reserva (item 1-2-2, do MCR).

O MCR veda as instituições financeiras de concederem crédito rural para pessoas físicas ou

jurídicas que tiverem auto de infração por manterem trabalhadores em condições análogas à de escravo.

Destarte, o crédito rural pode ser concedido tanto para pessoas físicas quanto jurídicas, não precisando necessariamente ser proprietárias da área cultivada ou onde se desenvolve a atividade. O importante é que o beneficiário seja aquele que atua na exploração agrária, pecuária, extrativa ou afins.

## 2 FINANCIAMENTO RURAL

### 2.1. Condições Básicas para Concessão do Crédito Rural

O item 2-1-1 do MCR, atualizada pela Resolução 4883/2020, apresenta um rol de condições básicas que precisam ser cumpridas pelo mutuário e mutuante do financiamento, as novas diretrizes são pautadas na preocupação de melhor regularização fundiária das áreas financiadas, e cuidado com questões ecológicas e sustentáveis.

O beneficiário do crédito rural deve apresentar o recibo de inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR) e observar as recomendações e restrições do zoneamento agroecológico e ecológico-econômico, indicando as coordenadas geodésicas quando o financiamento for para custear ou investir em determinada área da propriedade rural, com definição do perímetro, e se fazer acompanhar do orçamento e projeto do empreendimento, os quais precisam ser informados e registrados no Sistema de Operações do Crédito Rural e do Proagro (Sicor). Nos casos de industrialização ou venda de produtos diretamente ao consumidor, o produtor rural também necessita apresentar a Certidão Negativa de Débito junto à Previdência Social. E fica condicionada a liberação do crédito rural, ao depósito em juízo, quando houver cobrança judicial de contribuições ao Incra.

Quando o financiamento for de atividades agropecuárias desenvolvidas no Bioma Amazônia, o beneficiário precisa apresentar os seguintes documentos: comprovação de dominialidade do imóvel, requerimento de regularização fundiária de ocupação em área da União ou dos Estados, Termo de Autorização de Uso ou Concessão de Direito Real de Uso, declarações dos órgãos integrantes das Unidades de Conservação e Uso Sustentável, relação divulgada pelo Incra de beneficiários de projetos de assentamento de reforma agrária ou declaração de aptidão ao Pronaf.

A instituição financeira, por sua vez, deve manter atualizada a ficha cadastral do beneficiário e no formato digital à disposição da fiscalização do Banco Central.

Segundo Dick, por vezes a pessoa física ou jurídica pode ser impedida de receber crédito rural, como tomadora, quando houver irregularidades

<sup>30</sup> ALBUQUERQUE, 1995, p. 222-223.

<sup>31</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.000. p. 255, p. 206.

<sup>32</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito do Agronegócio*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 494.

capazes de comprometer a concepção de idoneidade do sujeito financiado<sup>33</sup>. Se assim ocorrer, o concedente do financiamento deve registrar o episódio em ficha administrativa (com a narração dos fatos e juntada de provas), comunicando formalmente o mutuário, o qual terá prazo para apresentar defesa. Ademais, a autora informa que constantemente o Banco Central envia às instituições financeiras a lista do cadastro das pessoas físicas e jurídicas que não podem agir no SNCR.<sup>34</sup> Por sua vez, Barros<sup>35</sup> complementa essa proposição afirmando ser obrigatório o registro cadastral, sendo que a idoneidade do tomador é verificada diretamente pela instituição financeira concedente, de modo que dívidas em aberto podem vir a classificar o produtor como inidôneo e inviabilizar o mútuo<sup>36</sup>.

O autor Rizzardo explica ser relevante a elaboração de um completo orçamento, prevendo todos os gastos, aplicação de recursos, o custo e o tempo da utilização do crédito, a fim de diminuir o risco do empreendimento e determinar com precisão a destinação da verba.<sup>37</sup> Tenório salienta que a proposta e o orçamento precisam conter data, firma do mutuário e autenticação da instituição financeira.<sup>38</sup>

Ainda, Rizzardo pontua ser fundamental a concessão do crédito na ocasião em que forem realmente úteis para as atividades financiadas, pois, do contrário, pode não ser oportuno, forçando o produtor a contrair mútuos com fontes de recursos mais onerosas. Outrossim, apenas será eficaz caso seja liberado em importe condizente com o orçamento das despesas para não ocasionar prejuízo à atividade assistida. O crédito será adequado quando atender a sua respectiva finalidade, assim como o produtor deve ter preparo para concretizar o investimento<sup>39</sup>.

Barros<sup>40</sup> declara ser obrigatória a fiscalização pela instituição financeira por tratar-se de recursos subsidiados, portanto, se houver desvio de crédito o mutuante não poderá se valer da rescisão contratual, devendo ambos assumirem com concorrência de culpa.

Portanto, depreende-se a importância do tomador do crédito zelar pelo seu "bom nome",

<sup>33</sup> Dick afirma, ainda, que é obrigatório o produtor indicar todos os imóveis rurais de sua propriedade e aqueles em que há exploração e arrendamento, bem como o volume e valor bruto da produção nas últimas três safras. Para ela, constituem causa de não idoneidade do tomador principalmente situações, como "(...) obter ou pleitear financiamento para empreendimentos já financiados (duplicidade de crédito), deixar de aplicar os recursos nas finalidades previstas, comprovar a aplicação dos recursos com documentos falsos ou adulterados, emitir documentos falsos, alienar garantias sem prévia anuência do credor, prestar declaração falsa ou omitir informações visando obter vantagens indevidas." (DICK, 1991, p. 64.)

<sup>34</sup> DICK, 1991, p. 62.

<sup>35</sup> BARROS, 1996, p. 141.

<sup>36</sup> Rizzardo, também, acentua quais são os dados e documentos pertinentes ao cadastro pessoal, ressaltando que: "A idoneidade do

fornecendo informações corretas e conferindo os dados repassados ao agente financeiro para garantir que seu cadastro seja o mais fiel possível à realidade, constando como idôneo, a fim de facilitar a liberação do financiamento, bem como haja o devido controle e fiscalização pela instituição financeira.

## 2.2 OPEN BANKING E BUREAU VERDE DO CRÉDITO RURAL

Está em fase de implementação (2021/2022) o sistema de Open Banking (sistema financeiro aberto), na qual cada correntista poderá autorizar as instituições financeiras a terem acesso aos seus dados cadastrais e históricos sobre utilização de produtos financeiros (investimento, seguros, empréstimos etc.), com uma transparência maior dos dados, é possível uma melhor avaliação do score de crédito, aprimorando a oferta de produtos bancários e personalização de serviços.

A Resolução CMN nº 4327/14, sobre implementação de Política de Responsabilidade Socioambiental, impõe as instituições financeiras e seus agentes que tenham governança corporativa para gerenciar riscos socioambientais, com criação de procedimentos, classificações e avaliações nas suas operações e concessões de créditos.

O sistema bancário brasileiro sempre foi muito avançado e tem evoluído constantemente para atender as novas exigências de mercado, inclusive, no âmbito das práticas de ESG (Environmental, Social and Governance – Ambiental, Social e Governança) debatidas na COP26. Tendo em vista que o volume de recursos para crédito rural é restrito e existe a necessidade global dos negócios primarem pela sustentabilidade e respeito aos critérios socioambientais, o produtor rural terá que cada vez mais se adequar as novas regras para conseguir acesso ao financiamento e seus dados estarão disponíveis no sistema de open banking.

Desta forma, em relação aos financiamentos concedidos aos produtores rurais, o Banco Central está criando o bureau verde do crédito rural, que consiste na regulamentação para integrar informações a respeito

preponente envolve o cadastro de dados pessoais sobre o cliente, através de sindicâncias e obtenção de informações quanto à individualização completa da pessoa, ao levantamento do patrimônio que o mesmo possui e à sua tradição no setor produtivo agropecuário. Em se tratando de pessoa jurídica, exigem-se: a apresentação dos documentos de sua constituição, como contratos, estatutos, atos de assembléia, com as devidas alterações; elementos sobre a forma societária, a composição social, com o nome dos sócios principais, da administração e representação, apontando-se o nome dos diretores, e período de vigência dos mandatos e poderes conferidos aos diretores." (RIZZARDO, 2000, p. 207.)

<sup>37</sup> RIZZARDO, loc. cit.

<sup>38</sup> TENÓRIO, 1984, p. 198.

<sup>39</sup> RIZZARDO, 2000, p. 208.

<sup>40</sup> BARROS, 1996, p. 142.

do tomador do crédito e incentivar produções sustentáveis. Como as controvérsias sobre o tema foram muitas, o Banco Central abriu o Edital de Consulta Pública nº 82/2021, acerca dos critérios e exigências de sustentabilidade que seriam aplicáveis ao produtor rural para classificação do empreendimento e concessão do crédito rural, e acabou resultando na Resolução BCB 140/2021.

O bureau verde integrará os dados de consulta de instituições governamentais como o Serviço Florestal Brasileiro (SFB), Agência Nacional de Águas (ANA), Ministério do Meio Ambiente (MMA), Ibama, ICMBio, Funai e Incra, a partir dessas informações a área de produção poderá se enquadrar em três classificações: i) áreas que não poderão receber crédito por vedação legal (situação de desmatamento ilegal ou trabalho escravo e análogo); ii) áreas que podem receber crédito, mas possuem risco socioambiental (imóvel embargado por sobreposição); iii) áreas financiáveis e classificadas como sustentáveis (programas de Baixo Carbono, Plano ABC, utilização de energia renovável etc).

Para Ticiane Figueiredo<sup>41</sup> a implementação do Bureau Verde dentro da porteira reforçará as práticas de compliance, com a regularização jurídica da propriedade e trabalho desenvolvido, trazendo maior sustentabilidade ao empreendimento e agregação de valor ao produto, além de facilitar a emissão de títulos verdes; e no antes e fora da porteira trará parâmetros para padronização de análises, facilitando os processos de certificação, com possível impacto positivo no financiamento privado.

## 2.3 FONTES DE RECURSOS

O capítulo 6, do MCR, dispõe acerca das fontes de recursos, sendo de suma importância saber distingui-las, pois cada uma tem regramento próprio, com encargos financeiros diferenciados. Assim, o crédito rural pode ser concedido com recursos controlados ou não controlados (item 6-1-1 do MCR). Dentre os controlados estão os obrigatórios, os das operações oficiais de crédito sob supervisão do Ministério da Fazenda, os créditos sujeitos à subvenção da União, os da poupança rural, os dos fundos constitucionais de financiamento regional e do Funcafé, sendo os não controlados todos os demais, conforme itens 6-1-2 e 6-1-3 do MCR.

A autora Ana Luisa Dick explica que os recursos de exigibilidade são também denominados

de obrigatórios porque provenientes de captação bancária com percentual e taxas pré-determinadas pelo governo federal. Deste modo, o agente financeiro pode conceder o mútuo com juros a taxa limitada. Os recursos próprios livres são aqueles em que o agente financeiro tem liberdade de dispor do numerário para investir em financiamentos rurais<sup>42</sup>. Todavia, o contrato contraído com esta fonte está sujeito às taxas de operações bancárias comuns, ou seja, não há limitação de encargos financeiros, como nos recursos de exigibilidade, conforme o disposto no MCR 6-3-1 e 6-3-2. Já os mútuos lastreados com as fontes de recursos da caderneta de poupança rural possuem a correção monetária pelo mesmo índice que incide nos depósitos de poupança, porém, não podem ser realizados com juros inferiores aos níveis de captação.<sup>43</sup>

Estão sujeitos ao cumprimento da exigibilidade da poupança rural, com fulcro no MCR 6-4-4: o Banco da Amazônia S.A.; o Banco do Brasil S.A.; o Banco do Nordeste do Brasil S.A.; os bancos cooperativos; instituições integrantes do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), quando operarem em crédito rural, as confederações de crédito e as cooperativas, com base no item 6-4-4, do MCR.

Tanto Tenório<sup>44</sup> quanto Lutero preferem dividir o crédito rural em dois grandes grupos, os recursos com origens internas e externas, com base no art. 15, da lei 4.829/65. Consoante este último autor, em relação à primeira (origem interna), destacam-se os recursos próprios ou livres que consistem "na aplicação de recursos financeiros dos próprios agentes no crédito rural, que são os agentes participantes do SNCR"<sup>45</sup>, e também os recursos obrigatórios que correspondem aos "valores que os agentes financeiros [são] obrigados a aplicar em operações típicas de crédito rural". O SNCR fixa o percentual que deve ser aplicado e estabelece multa em caso de descumprimento. Lutero ainda explica que as fontes de recursos externos não constam no MCR, "visto que depende da origem de cada uma para o estabelecimento dos procedimentos a serem observados pelo financiador para contratação da operação com o financiado", porém, é importante o estabelecimento de normas pela autoridade competente.<sup>46</sup>

<sup>41</sup> FIGUEIREDO, Ticiane. Banco Central cria Bureau Verde e Sinaliza o futuro do crédito rural. Disponível em: <https://revistagloborural.globo.com/Noticias/Opiniao/Vozes-do-Agro/noticia/2021/07/banco-central-cria-bureau-verde-e-sinaliza-o-futuro-do-credito-rural.html> Acesso em 09 fev 2022.

<sup>42</sup> DICK, 1991, p. 70.

<sup>43</sup> DICK, 1991, p. 73.

<sup>44</sup> TENÓRIO, 1984, p. 205.

<sup>45</sup> PEREIRA, 2008a, p. 58-61.

<sup>46</sup> PEREIRA, Lutero de Paiva. Legislação Especial do Direito Agrofinanceiro. Curitiba: Juruá, 2.008b, p. 108.

Assim, cada fonte de recurso de crédito rural possui regulamentação específica (principalmente no tocante aos juros). Logo, quando há ausência de cláusula no contrato descrevendo a fonte financiadora, deveriam ser aplicadas as normas referentes aos mútuos com recursos obrigatórios ou de exigibilidade, a fim de limitar os encargos financeiros do contrato.<sup>47</sup>

É relevante o mutuário requerer que a fonte de recurso conste no contrato, assim, pode exigir a aplicação e cobrança correta do crédito. Em caso de omissão, é possível a interposição de ação revisional ou, até mesmo, a alegação de excesso na execução em sede de embargos do devedor, nas situações em que o agente financeiro estiver cobrando valores maiores do que o avençado.

Portanto, verifica-se a diversidade de origens de recursos para financiar a atividade do produtor rural. Este, por sua vez, deve conhecer as especificidades de cada fonte para eleger aquela com melhores condições, não só no que diz respeito aos encargos financeiros, como taxa de juros, mas também em relação ao valor que pode ser liberado e em relação à possibilidade de posterior renegociação do crédito.

## 2.4 CRONOGRAMA DE UTILIZAÇÃO E REEMBOLSO

O Conselho Monetário Nacional cria regras específicas no que diz respeito aos prazos de liberação de mútuo e de reembolso, a fim de proteger a atividade e o produtor rural. Ainda, conforme visto anteriormente, "favorecer o custeio oportuno e adequado da produção e a comercialização de produtos agropecuários" constitui um dos principais objetivos específicos do crédito rural, conforme inciso II, artigo 3º, lei 4.829/65.

Concernente ao cronograma de utilização e liberação dos recursos ressalta-se que o crédito rural deve ser liberado diretamente ao mutuário de uma só vez ou em parcelas – dependendo da necessidade do empreendimento –, por caixa ou em conta de depósitos, e precisa seguir os prazos do orçamento de aquisições e serviços (MCR 2-5-1).

Lutero explana que o crédito rural tem que ser adequado, suficiente e oportuno. Esta última característica se dá quando o financiamento é liberado no tempo certo, de acordo com o "tecnicamente programado ou recomendado para realização do empreendimento", mesmo que no momento da avença não exista ainda um cronograma específico, haja vista

que o Conselho Monetário Nacional pode disciplinar até mesmo a época de utilização dos recursos.<sup>48</sup> Diante disso, a legislação vinculou a "liberação do crédito em função do ciclo da produção e da capacidade de ampliação do financiamento" (redação do inciso IV, artigo 50, lei 8.171/91).

O doutrinador destaca quatro pontos do Capítulo sobre Condições Básicas de Utilização do Crédito Rural no MCR: i) o mutuário tem o direito de utilizar "o crédito de forma direta, seja em liberação de parcelas ou não, observando-se o cronograma de aquisições e serviços programados no contrato"; ii) o agente financeiro não pode atrasar na liberação do mútuo; iii) é possível alterar – antecipar ou retardar – a liberação de recursos, conforme a necessidade do empreendimento; iv) se o mesmo financiamento ficar sujeito a encargos diferenciados, contas vinculadas diferentes deverão ser abertas.<sup>49</sup>

É lícita a liberação de parcelas do crédito para a cobertura de gastos já realizados com recursos próprios do produtor, sem configurar recuperação de capital investido, quando, cumulativamente, os itens pertinentes constituam despesas que integrem o orçamento considerado para a concessão do crédito e os gastos tenham sido realizados após a apresentação da proposta ou, caso esta seja ausente, após a formalização do financiamento (MCR 2-5-2).

Para realizar a comprovação da adequada utilização dos recursos, o mutuário deve reter os comprovantes da compra de insumos e do pagamento de mão-de-obra e entregar à instituição financeira, junto com a cópia dos documentos comprobatórios da aquisição de veículos, máquinas e equipamentos, no prazo de 30 (trinta) dias contados a partir da liberação.

Segundo Dick, as utilizações do crédito podem ser antecipadas ou retardadas, quando houver justificada conveniência para o empreendimento assistido, porém o retardo na liberação do crédito não pode ocorrer por vontade unilateral do banco, seja "por omissão de providência de sua alçada ou da assistência técnica".<sup>50</sup>

Ainda, segundo a autora, o financiamento apenas concretiza-se no momento da liberação do recurso, embora tenha validade entre os contratantes desde a sua assinatura. Isto ocorre, pois, em que pese o título de crédito rural ser geralmente de adesão, possui natureza jurídica de contratos sinalagmáticos e exige prestações de ambas as partes. Destarte, o mutuário precisa preencher os requisitos que a lei determina para enquadrar-se como beneficiário, enquanto o agente bancário precisa dispor dos valores contratados no tempo estipulado.

<sup>47</sup> PEREIRA, 1992, p. 26-27.

<sup>48</sup> PEREIRA, 2008a, p. 100-101.

<sup>49</sup> PEREIRA, 2008a, p. 108.

<sup>50</sup> DICK, 1991, p. 74.

Segundo a escritora, não resolve as partes estabelecerem propostas e orçamentos se o agente financeiro não tiver dinheiro em caixa para conceder o crédito. Este procedimento somente causa prejuízos ao setor agropecuário que se desenvolve de acordo com o ciclo produtivo ao qual se destina.<sup>51</sup>

A aplicação irregular ou o desvio de parcelas do crédito sujeitam o mutuário a sua reposição integral com as sanções pecuniárias avençadas, retroagindo a data de liberação (MCR 2-5-12). Dick afirma ser possível instaurar paralelamente um processo administrativo, tanto pela instituição financeira quanto pela fiscalização do Banco Central, a fim de investigar a irregularidade e idoneidade do tomador, podendo até mesmo impedi-lo de contrair novos financiamentos para a espécie.<sup>52</sup>

Em relação ao cronograma de reembolso, este sempre deve ocorrer de acordo com os ciclos das explorações financiadas, ou seja, precisa coincidir com as épocas normais de obtenção dos rendimentos da atividade assistida para compatibilizar com a capacidade de pagamento do beneficiário, podendo o adimplemento ser de uma única vez ou em parcelas (MCR 2-6-1 e 2-6-2). Deste modo, com fulcro no artigo 50, inciso V, da lei 8.171/91, o estabelecimento de prazos para reembolso necessita casar com o tempo de obtenção da receita.

O agrarista Lutero<sup>53</sup> defende que se for apurada a impossibilidade do mutuário de adimplir com as parcelas em períodos mensais ou semestrais, quando da concessão do crédito, o cronograma de reembolso deverá prever prestações anuais e, até mesmo, conferir prazo de carência se for necessário, conforme dispõe o capítulo 2, seção 6, do MCR. Segundo Tenório, "os financiamentos rurais poderão ter prazo de carência para início das amortizações, de acordo com a atividade assistida e com recomendações do técnico planejador"<sup>54</sup>. O CMN também cuidou de estabelecer no MCR os prazos máximos de reembolso para cada espécie de operação, incluindo o prazo de carência (capítulo 3, seção 2 a 5, do MCR). O prazo de reembolso deve ser fixado no menor tempo possível, porém, sem prejudicar a atividade produtiva, no intuito de permitir a melhor rotatividade dos capitais emprestados e atender a um número maior de produtores.

Lutero afirma que o calendário de reembolso deve ser condizente com a época de produção e, principalmente, com o momento de comercialização normal, cujo "mercado se mostra favorável ao produtor rural, facilitando assim o seu fortalecimento econômico através de uma comercialização mais rentável da produção".<sup>55</sup>

Portanto, denota-se que o agente financeiro é responsável por disponibilizar os recursos financeiros conforme ajustado no orçamento e no cronograma de liberação, tanto no quantum como no tempo ajustado para garantir o sucesso da atividade assistida. Caso o mutuante descumpra as suas obrigações contratuais e cause prejuízo na consecução do plano de financiamento, terá de assumir a responsabilidade, não podendo impor ônus somente ao produtor rural. O prazo de reembolso precisa necessariamente observar as datas de obtenção de receita do mutuário, inclusive, com a disponibilização do período de carência, caso a situação exija. Contudo, o calendário não pode ultrapassar o tempo máximo previsto em lei e tem de ser fixado no mais curto intervalo de tempo possível, a fim de propiciar maior rotatividade dos recursos financeiros.

## 2.5 RENEGOCIAÇÃO E PRORROGAÇÃO

Renegociação (gênero) é todo tipo de acordo que altere prazo ou condições de pagamento previamente estipulados, podendo se caracterizar, por exemplo, pelas seguintes espécies: composição de dívidas, prorrogação, novação, ou realização de nova operação para liquidação total ou parcial de contrato anterior, com base no item 2-1-9-b, do MCR.

A principal repercussão jurídica advinda da dilação do termo ad quem consiste na inexigibilidade da quitação do débito na data originalmente aprazada, por conseguinte, fica impossibilitada a constituição em mora do devedor até que se alcance o novo prazo fixado. Consoante Washington de Barros Monteiro<sup>56</sup>, a "mora é o retardamento na execução da obrigação". Quando ocasionada pelo devedor denomina-se *debetoris vel solvendi* e pode acontecer quando este "não efetua pagamento no tempo ou no lugar convencionado [ou, ainda, quando] não cumpre a obrigação pelo modo a que se obrigara". Segundo aclara o autor, a principal consequência jurídica da mora do devedor é a responsabilização pelos prejuízos e danos causados ao credor em decorrência de seu atraso, respondendo pelo ressarcimento, nos termos do art. 395 do Código Civil. No entanto, o devedor exime-se da mora com a prorrogação da dívida, competindo ao credor somente aguardar o novo termo final com a cobrança exclusivamente dos encargos de normalidade pactuados.

<sup>51</sup> DICK, 1991, p. 75.

<sup>52</sup> DICK, 1991, p. 76.

<sup>53</sup> PEREIRA, 2008a, p. 36.

<sup>54</sup> TENÓRIO, 1984, p. 202.

<sup>55</sup> PEREIRA, 2008a, p. 110.

<sup>56</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: Direito das obrigações - 1ª parte. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 320-321.

É proibida a exigência dos encargos de anormalidade (inadimplência), desta forma, o financiador não poderá cobrar em juízo a dívida não vencida, seja por ação de cobrança, execução de título extrajudicial ou monitória, tampouco incluir o devedor nos cadastros restritivos de crédito.

No tocante a renegociação, é importante ressaltar que não pode ocorrer o desvio de finalidade do crédito rural. Os recursos liberados para pagamento de outras dívidas do produtor, que não da atividade financiada, configuram a denominada "operação mata-mata". Lutero acentua que, ao infringir a norma, a instituição financeira concorre para má gerência do empreendimento assistido por inviabilizar a execução dos serviços necessários<sup>57</sup>. Conforme destaca Alfonsín, "o Conselho Monetário Nacional, ao regulamentar o exercício ao direito de alongamento pelo produtor rural, determinou que os cálculos para fins de apuração do valor devido retrocedessem à operação original"<sup>58</sup>, não importando a prática da "operação mata-mata". Nesse sentido, o teor da súmula 286 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) declara que "a renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores".

O financiamento de crédito rural costuma ter contratos muito específicos, considerada a necessidade de adequação do crédito à finalidade e modalidade para qual é destinado. Os cronogramas de utilização (aquisições e serviços) e de reembolso precisam ser planejados e criados em conformidade com a necessidade e comprometimento econômico do produtor rural, segundo a regra do artigo 50, V, da lei 8.171/91 (Lei Agrícola), podendo ser concedido ao financiado prazo de carência, com fulcro no item 2-6 do MCR. A fiscalização da utilização do crédito feita pelo agente financiador é essencial, bem como todo o acompanhamento necessário para a consecução dos cronogramas, por intermédio de assistência técnica, deve ser realizado de acordo com o item 2.7 do MCR.

Segundo Lutero, a exigibilidade do título de reembolso fica condicionada à capacidade do agricultor de quitá-la no prazo inicialmente avençado, pois, caso haja fatores que mudem a "capacidade econômico-financeira do mutuário" fazendo com que ele não possa adimplir o financiamento no tempo aprazado, "a exigibilidade do título se queda inoperante devendo-se estabelecer outra forma de cumprimento da obrigação"<sup>59</sup>. O autor explicita o rol de permissivos

legais que dariam chancela para a alteração do cronograma de reembolso<sup>60</sup>:

- que o crédito rural, dentre outros objetivos, se propõe a fortalecer economicamente o seu tomador – art. 3º, inc. III, da Lei 4.829/65;
- que a propriedade rural, a teor do que dispõe o art. 186, inc. IV, da Constituição Federal tem função social a cumprir, o que inclui uma exploração que favoreça o bem-estar do proprietário;
- que a agricultura, como atividade econômica, inc. III, do art. 2º da Lei Agrícola – Lei 8.171/91 – deve proporcionar rentabilidade compatível com a de outros setores da economia aos que a ela se dediquem e,
- que o adequado abastecimento alimentar do País, inc. IV, do art. 2º da Lei 8.171/91, é condição básica para garantir a tranquilidade social e a ordem pública.

Tendo em vista que a legislação busca garantir o fortalecimento econômico do produtor rural e o pleno desenvolvimento da atividade agrícola, o Conselho Monetário Nacional é competente para fixar os prazos de liberação de recursos para que a produção agropecuária alcance seu nível máximo e, além disso, estabelece o cronograma de reembolso em conformidade com a obtenção de receita.

Caso a capacidade de pagamento do agricultor seja reduzida por razão alheia a sua vontade, considerando o risco negocial e agrobiológico da atividade agrária, existe a possibilidade de prorrogação do prazo do financiamento. Antes estava previsto no item 2-6-9 do MCR, e dizia no caput que independentemente de consulta ao Bacen era devida a prorrogação da dívida, com os mesmos encargos, desde que comprovada a incapacidade de pagamento em virtude dos requisitos previstos nas alíneas.

<sup>57</sup> PEREIRA, 2008b, p. 104-105.

<sup>58</sup> ALFONSIN, Ricardo Barbosa. Dívidas agrícolas. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35.

<sup>59</sup> PEREIRA, 2008b, p. 80-81.

<sup>60</sup> PEREIRA, op. cit., p. 81-82.



Após a Resolução CMN nº 4.095/21, a previsão do alongamento passou a constar no item 2.6.4 do Manual de Crédito Rural, com a seguinte redação:

Fica a instituição financeira autorizada a prorrogar a dívida, aos mesmos encargos financeiros pactuados no instrumento de crédito, desde que o mutuário comprove a dificuldade temporária para reembolso do crédito em razão de uma ou mais entre as situações abaixo, e que a instituição financeira ateste a necessidade de prorrogação e demonstre a capacidade de pagamento do mutuário: (Res CMN 4.883 art 1º; Res CMN 4.905 art 1º)

a) dificuldade de comercialização dos produtos; (Res CMN 4.883 art 1º)

b) frustração de safras, por fatores adversos; (Res CMN 4.883 art 1º) c) eventuais ocorrências prejudiciais ao desenvolvimento das explorações. (Res CMN 4.883 art 1º)

Agora, a instituição financeira fica autorizada a prorrogar o crédito rural, desde que atestada a necessidade do alongamento e demonstrada a possibilidade de pagamento do cliente. Segundo Francisco Torma<sup>61</sup>, a nova redação permite a discricionariedade da instituição financeira em proceder a prorrogação ou não, o que antes era impositiva, de modo que o acesso a renegociação será mais difícil e terão preferência àqueles produtores rurais que tem bom histórico de relacionamento com o banco.

A justificativa do CMN (voto 350/2020-BCB, de 10/12/2020) para a mudança é que cabe à instituição financeira analisar caso a caso se o produtor rural realmente não tem condições de arcar com o financiamento e, a prorrogação de forma indiscriminada, poderia induzir o tomador na má gestão do crédito ou do empreendimento, e desestimular a mitigação dos riscos, por exemplo, com a contratação de seguro agrícola. Para José Carlos Vaz<sup>62</sup> a mudança é arbitrária e contraria a redação do parágrafo único, do art. 4º, da Lei 8.473/89, no qual é assegurada a prorrogação do crédito quando o rendimento da produção for insuficiente, além do mais, a instituição financeira pode proceder o alongamento via sistema operacional, de forma automatizada, com base em laudo de assessoramento técnico a nível de carteira. O autor defende, ainda, que é abusiva a exigência de cálculo de capacidade de pagamento, como condicionante da prorrogação, e sugere que ao invés de estabelecer a prorrogação para o próximo ciclo produtivo – porque muitas vezes o produtor rural ainda não se reorganizou na produção e financeiramente – que seja autorizada a instituição financeira a “contratar o próximo custeio em até 05 parcelas anuais, desde que com recursos não equalizados”.

Conforme Lutero, o item 2-6-4 do MCR constitui uma norma agendi e de ordem pública, portanto independe de previsão contratual<sup>63</sup>. Assim, o agente bancário não pode somente invocar as características clássicas dos títulos de crédito – mediante os princípios da cartularidade, literalidade e autonomia – para executá-lo e torná-lo exigível, pois “do conflito ou do aparente conflito entre o direito do mutuante de receber o valor mutuado no tempo apazado na cártula e, o direito do mutuário de prorrogar o título para tempo mais remoto, prevalece o deste”. De acordo com o autor, a instituição financeira não teria prejuízo com a prorrogação porque continuaria a receber os juros remuneratórios contratados, dentro do legalmente permitido.<sup>64</sup>

Respeitando a pluralidade de opiniões, o ideal é que o produtor rural e seu advogado procurem alicerçar o pedido de renegociação na legislação agrária. Neste estudo, especificadamente, o requerimento da prorrogação tem base no item 2-6-4 do MCR.

<sup>61</sup> TORMA, Francisco. A nova prorrogação do crédito rural. Portal AgroLei. Acesso em: A nova prorrogação do crédito rural – AgroLei Disponível em 04 fev. 2022.

<sup>62</sup> VAZ, José Carlos. Produtor sem condições de pagar (o crédito rural) e as exigências para que não precise pagar (agora) não previstas na Lei 7.843/1989. Portal AgroLei. Acesso em: Produtor

sem condições de pagar (o crédito rural) e as exigências para que não precise pagar (agora) não previstas na Lei 7.843/1989 – AgroLei Disponível em: 04 fev. 2022.

<sup>63</sup> PEREIRA, 2008b, p. 83-85.

<sup>64</sup> PEREIRA, op. cit., p. 86.

Na intenção de auxiliar o produtor, sindicatos rurais e instituições envolvidas no agronegócio disponibilizam em seus sites modelos de pedidos extrajudiciais de prorrogação do crédito rural direcionados ao mutuário. O produtor rural pode encaminhar a notificação ao gerente do banco, acompanhados de laudo técnico de perdas, devidamente assinado por assistente técnico, e planilha demonstrando as receitas e despesas com a capacidade de pagamento. Caso o gerente não protocolize, o produtor pode se dirigir a um cartório notarial com três vias da carta de requerimento do alongamento e, através do tabelionato, efetivar a notificação extrajudicial ao agente financeiro. Se preferir, o produtor rural tem a opção de enviar o pedido pelos Correios com carta registrada de Aviso de Recebimento (AR). O Projeto de Lei 4588/2021 propõe, inclusive, um procedimento administrativo para análise do pedido de prorrogação, com possibilidade de complementação da documentação acaso o agente financeiro entenda que não ficou demonstrado o preenchimento dos requisitos<sup>65</sup>.

Ainda segundo Lutero, apenas poderá ocorrer alteração no cronograma de utilização ou reembolso do financiamento "se houver plausível justificativa técnica e mediante firmação de aditivo à cédula, subscrito por ambas as partes, a saber, financiador e financiado"<sup>66</sup>. Em se tratando de modificação de cláusulas em cédula de crédito rural, observa-se o disposto no artigo 13 do decreto-lei 167/67: "A cédula de crédito rural admite amortizações periódicas e prorrogações de vencimento que serão ajustadas mediante a inclusão de cláusula, na forma prevista neste Decreto-lei".

Ademais, vale frisar que a alteração do prazo final de pagamento do financiamento também modifica a data da constituição em mora no caso de inadimplemento e, por consequência, o termo inicial do prazo prescricional para ações de cobrança ou execução.

Denota-se que é possível readequar os prazos do cronograma de reembolso quando ocorrerem eventos que comprometam a renda do produtor rural e o incapacitem de adimplir o mútuo firmado com a entidade financiadora. Leva-se em conta que a atividade no setor agrícola está sujeita a diversificadas intempéries e possui elevado risco.

Vale frisar novamente que o prazo de reembolso e, por conseguinte, o de prorrogação precisam necessariamente observar as datas de obtenção de receita do mutuário. Logo, o alongamento da dívida não pode ultrapassar o tempo máximo previsto em lei ou nas resoluções do Banco Central, observado dois fundamentos básicos, o período

suficiente para o produtor readquirir a sua capacidade de pagamento e a fixação no intervalo de tempo mais curto possível, a fim de propiciar maior rotatividade dos recursos financeiros.

No item 2-6-5 do MCR, explica que a referida regra é aplicável somente em alguns casos. Em outros carece de autorização e regulamentação expressa.

5 - O disposto no item 4:  
(Res CMN 4.883 art 1º)

a) é aplicável aos financiamentos contratados com equalização de encargos financeiros pelo Tesouro Nacional (TN), desde que as operações sejam previamente reclassificadas, pela instituição financeira, para recursos obrigatórios ou outra fonte não equalizável;

b) não é aplicável:

I - aos créditos de comercialização sujeitos a normas próprias aplicáveis à Política de Garantia de Preços Mínimos (PGPM);

II - aos financiamentos com recursos de fundos e programas de fomento, que estão sujeitos a normas próprias.

Consequentemente, a possibilidade de renegociação bifurca-se em duas situações diferentes. A primeira identifica proposições para o alongamento da dívida sem prévia resolução do Bacen enquanto o segundo remete a oportunidade de prorrogação aos créditos sujeitos a normas próprias, sendo que apenas desfrutam do alongamento do item 2.6.4 se o Conselho Monetário Nacional ou o Poder Legislativo instituírem normas que excetuem a restrição imposta pela alínea "b".

<sup>65</sup> Câmara Legislativa. Projeto de Lei 4588/2021. Disponível em [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegracao?codteor=2128818](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegracao?codteor=2128818) Acesso em: 09 fev 2022.

<sup>66</sup> PEREIRA, 2008b, p. 109.

A regra geral estipula que ocorre prorrogação quando verificada uma das hipóteses descritas nas alíneas do item 2-6-4, do MCR: a) problema de comercialização; b) frustração de safra; ou, c) fato prejudicial à produção; com a incapacidade de adimplemento devidamente provada e somente quando os recursos são equalizáveis pelo Tesouro Nacional. Contudo, precisando ser reclassificadas para recursos obrigatórios ou outra fonte não equalizável. Excepcionalmente, o CMN pode determinar que o Banco Central baixe uma resolução ampliando o alcance da medida para financiamentos de outras fontes de recurso.

Considerando a diversidade das fontes, finalidades e modalidades de crédito, o Banco Central estipula o prazo máximo da renegociação e alongamento do financiamento rural para cada tipo de empreendimento. Ao fixar os prazos, a instituição segue dois preceitos básicos, que o tempo seja suficiente para o produtor readquirir a sua capacidade econômica, porém no menor intervalo de tempo possível para possibilitar a circulação de recursos entre os beneficiários.

O Manual de Crédito Rural (2.6.4, caput) dispõe ser admissível o alongamento da dívida "desde que o mutuário comprove a dificuldade temporária para reembolso do crédito em razão de uma ou mais entre as situações abaixo e que a instituição financeira ateste a necessidade de prorrogação e demonstre a capacidade de pagamento do mutuário".

O produtor rural é o maior interessado em ver seu pedido de prorrogação deferido e deve medir esforços para formar um conjunto probatório convincente. Conforme já visto em capítulos anteriores, para que o financiamento seja liberado é necessário que o produtor apresente ao agente bancário o orçamento ou projeto explicando como será desenvolvida a atividade. O cadastro constante no banco precisa fazer referência à idoneidade do tomador. Também foi apurado ser obrigação do mutuário seguir o cronograma de utilização (sem desvio do crédito), reter os comprovantes na compra de insumos, grãos e fertilizantes, os documentos que confirmem a aquisição de veículos, máquinas e equipamentos e apresentar ao banco ou agende de crédito. Todos esses elementos ajudam a evidenciar que o produtor rural conduziu bem o seu negócio e, por vontade alheia, não obteve êxito.

Para comprovar o correto gerenciamento da atividade assistida, a instituição financeira tem a competência de fiscalizar e oferecer assistência técnica ao mutuário a fim de averiguar o bom

desenvolvimento do empreendimento, pois, caso não cumpra a delegação imposta pelo CMN, pode responder pelos prejuízos que causar.

Portanto, o agente financeiro e o mutuário possuem responsabilidades distintas e ônus diferentes impostos pela própria legislação, cuja distribuição precisa ser respeitada em um requerimento administrativo ou judicial. Deste modo, o mutuário poderá requerer ao banco nas demandas judiciais a apresentação dos documentos, laudos e pareceres técnicos que estiverem em seu poder.

A legislação especial estabelece que a fiscalização pode ser prestada por um indivíduo do próprio banco ou mediante convênio com pessoa física ou jurídica especializada, como por exemplo, engenheiros agrônomos, institutos estaduais de assistência técnica e extensão rural (Emater), e Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa). Todavia, nunca deve ser feita por um fiscal contratado pelo mutuário ou de empresa que o mesmo participe direta ou indiretamente.

Assim, se o produtor não tiver condições financeiras ou por outros motivos não tenha meios de contratar assistente técnico que produza laudos constatando a perda da safra, problema na comercialização ou outro evento prejudicial, o mais lógico é que o agente bancário ofereça esse serviço – haja vista a lei obrigar a fiscalização do uso do recurso financeiro liberado –, até mesmo para comprovar que não concorreu para o dano.

Contudo, caso não seja possível obter o laudo ou perícia especializada, o produtor pode juntar ao pedido de prorrogação fundamento teórico de fonte idônea – como livros especializados, artigos científicos, teses, dissertações ou sites oficiais –, que forneça informações básicas sobre o empreendimento (por exemplo, se for plantio de soja, pode comunicar as épocas de semeadura, colheita, o tipo de solo e clima favorável à cultura, ou qual costuma ser o preço médio da saca), e contrapô-lo com dados, também retirados de fontes fidedignas, que demonstrem os motivos ensejadores da frustração da safra (como estiagem prolongada ou enchente), a diminuição na comercialização (queda brusca do preço da saca, por exemplo) ou a eventual ocorrência prejudicial ao desenvolvimento da exploração (como casos de praga ou epidemia). Ainda, o mutuário pode fazer menção ao decreto de calamidade ou situação de emergência, quando houver.

Tais documentos podem contribuir para a verossimilhança do direito pleiteado. O foco principal do mutuário deve ser a demonstração do nexo de causalidade entre a incapacidade de pagamento do financiamento e a frustração de safra, problema de comercialização ou outro fator prejudicial.

Portanto, a comprovação da dificuldade de pagamento é condição fundamental para o produtor ver seu crédito alongado. Para tanto, deverá demonstrar o nexo de causalidade entre a não obtenção de renda suficiente para adimplemento da dívida e as três hipóteses elencadas pelo ato normativo.

A dificuldade de comercialização de produtos agrícolas pode ser traduzida em diferentes situações que ocasionam a diminuição do valor ou, até mesmo, impossibilitam a compra e venda da produção, gerando receita negativa para a atividade agropecuária.

A comercialização dos produtos agropecuários para pequenos produtores rurais pode ser difícil, pois estes vendem a produção in natura para intermediários por preços muito baixos. Tal situação poderia ser modificada se houvesse beneficiamento do produto ("limpeza, polimento, asparas, desinfecção, seleção, classificação, embalagem ou processamento"), trabalho em conjunto dos produtores na forma de associação para diminuir os custos com compra de insumos, beneficiamento, industrialização e a venda da produção, permitindo a oferta diretamente ao mercado de consumo. Por exemplo, durante o primeiro semestre de pandemia em 2020, houve determinação para suspender as feiras livres e alguns estabelecimentos comerciais, incluindo, ceasas, o que ocasionou um problema na comercialização de hortifrutigranjeiros, outro setor fortemente atingido no período de quarentena foi da produção de flores ornamentais, tendo em vista a proibição das festas e eventos.

Outro motivo que pode ensejar o alongamento de dívida rural é a frustração de safra por fatores adversos. Embora o legislador tenha utilizado a expressão em sentido lato, é interessante estabelecer a distinção entre safra, safrinha e entressafra. A primeira noção importante consiste em entender que o ano agrícola não coincide necessariamente com o ano civil. Aquele inicia com época propícia e condições climáticas favoráveis para o desenvolvimento de determinado cultivo em uma localidade predeterminada. A cultura principal escolhida pelo agricultor nem sempre utiliza o ano inteiro para completar o seu ciclo. Nesse período de entressafra o produtor rural pode plantar outra cultura de ciclo curto, denominada de safrinha. Logo, haverá quebra de safra

quando o valor do produto colhido, por fatores adversos, não for suficiente para sanar o custo da produção, gerando redução no poder econômico do agricultor. Como exemplo de frustração de safra, temos seca, chuvas em excesso, pragas, tornados etc.

A última causa apresentada no item 2-6-4 do MCR diz respeito às "eventuais ocorrências prejudiciais ao desenvolvimento das explorações", ou seja, outros fatores que comprometam a produção ou infraestrutura da propriedade rural, por exemplo, falta de insumos, problemas de maquinários, transporte etc.

O item 2.6.5 do Manual de Crédito Rural estabelece quando será aplicável ou não a prorrogação do item 2.6.4, dependendo da fonte de recurso lastreada no contrato, mas se trata apenas de regra geral, pois o Bacen pode baixar resoluções que estendam a possibilidade de alongamento para outras fontes de recurso ou que excluam a necessidade de análise caso a caso para realizar a renegociação do financiamento.

A prorrogação do cronograma de reembolso, com fulcro no item 2.6.5, "é aplicável aos financiamentos contratados com equalização de encargos financeiros pelo Tesouro Nacional [...]". Segundo Lutero, a equalização de encargos financeiros corresponde à diferença entre a taxa que o mutuário deve adimplir e a taxa devida ao agente financeiro. Tal diferença é suportada pelo Tesouro Nacional justamente para não trazer nenhum prejuízo ao concedente do crédito por causa do alongamento do financiamento<sup>67</sup>. Ademais, acrescenta-se uma notícia extraída do site do Banco do Brasil<sup>68</sup>:

Trata-se de mecanismo por meio do qual a União desembolsa recursos orçamentários para permitir que recursos financeiros captados a custo de mercado possam ser emprestados aos agricultores como recursos controlados, portanto com taxas de juros inferiores às de captação. O Governo arca com o diferencial de encargos entre o custo de captação, acrescidos dos custos administrativos e tributários dos bancos, e os cobrados dos produtores rurais.

<sup>67</sup> PEREIRA, Lutero de Paiva. Dívidas bancárias: programas especiais de renegociação. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008a. p. 19.

<sup>68</sup> Banco do Brasil. Disponível em: <http://www44.bb.com.br/appbb/portal/ra/agr/ApoioFinanceiro.jsp>. Acesso em: 08 set. 2009.

Assim, propicia que expressivos volumes de recursos possam ser destinados ao setor rural, sem que tenha que alocar diretamente os valores dos financiamentos. Tal mecanismo atende a operações de custeio e investimento.

Ao início de cada safra, o Ministério da Fazenda edita portaria na qual define as condições das equalizações (montantes de financiamentos que serão equalizados em cada agente financeiro, fórmulas para apuração do valor da equalização, período para contratação das operações etc).

O uso da equalização dos encargos financeiros rurais está prevista no art. 1º, na lei 8.427/92:

Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a conceder, observado o disposto nesta Lei, subvenções econômicas a produtores rurais e suas cooperativas, sob a forma de:

I - equalização de preços de produtos agropecuários ou de origem extrativa;

II - equalização de taxas de juros e outros encargos financeiros de operações de crédito rural.

§ 1º Consideram-se, igualmente, subvenção de encargos financeiros os bônus de adimplência e os rebates nos saldos devedores de financiamentos rurais concedidos, direta ou

indiretamente, por instituições financeiras autorizadas a operar crédito rural.

§ 2º O pagamento das subvenções de que trata esta Lei fica condicionado à apresentação pelo solicitante de declaração de responsabilidade pela exatidão das informações relativas à aplicação dos recursos, com vistas no atendimento do disposto no inciso II do § 1º do art. 63 da Lei no 4.320, de 17 de março de 1964.

§ 3º Os produtos extrativos de origem animal previstos no inciso I do caput deste artigo deverão ser provenientes de manejo sustentável, previamente autorizado pelo órgão ambiental competente.

Art. 1º-A. Para fins do disposto nesta Lei, o Banco Central do Brasil disponibilizará à Secretaria do Tesouro Nacional da Secretaria Especial de Fazenda do Ministério da Economia informações sobre operações de crédito rural existentes nos seus bancos de dados, na forma estabelecida em ato conjunto do Banco Central do Brasil e da Secretaria do Tesouro Nacional.

Desta maneira, é imperioso acrescentar a indagação realizada por Rizzardo<sup>69</sup>. "Como se procede a equalização segundo a lei 8.427? Ou em qual parcela se verificará a subvenção do governo?". O próprio autor responde dizendo: "Abrangerá a diferença encontrada entre o preço conseguido na venda do produto financiado, observado o preço de mercado, e os custos operacionais do financiamento".

<sup>69</sup> RIZZARDO, 2000, p. 254.

Portanto, a dilatação do prazo de pagamento somente será possível nos financiamentos contraídos com recursos equalizados pelo Tesouro Nacional, como por exemplo, a Poupança Rural, o Fundo de Amparo ao Trabalhador e o Fundo de Investimento Extramercado. Porém, a operação deve ser reclassificada para recurso obrigatório ou para outra fonte não equalizável.

Os recursos obrigatórios são oriundos de captação bancária com percentual e taxas predeterminadas pelo governo federal. Estes estão dispostos no MCR 6-2. Deste modo, a instituição financeira tem a exigibilidade geral de destinar 25% do Valor Sujeito a Recolhimento (VSR) relativo aos recursos à vista para operações rurais, formando-se a partir de subexigibilidades pela utilização de Depósito Interfinanceiro Vinculado ao crédito Rural (DIR), como por exemplo, o Programa Nacional de Apoio ao Médio Produtor Rural (Pronamp), o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Dir-Pronaf) e o Geral (Dir-Geral).

A Revista da Federação da Agricultura e Pecuária do Estado de Minas Gerais<sup>70</sup> aponta que há necessidade de autorização do Bacen para prorrogar o contrato de crédito rural quando for firmado com recursos oriundos dos Fundos Constitucionais de Financiamento do Nordeste (FNE), do Norte (FNO) ou do Centro-Oeste (FCO); do Fundo de Defesa da Economia Cafeeira (Funcafé); do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES); e dos casos de Empréstimo do Governo Federal (EGF). Compreendem todos do item 2.6.5.b do Manual de Crédito Rural.

A Política de Garantia de Preço Mínimo (PGPM) do produto agropecuário visa a proteção da renda do agricultor. Assim, determina que a produção não pode ser alienada por valor inferior ao fixado. Esta quantia pauta-se nos custos da produção, incluindo gastos com semente, terra, insumos, trabalho, equipamentos e máquinas, despesas de transporte e mais um percentual correspondente ao excedente e lucro, de no mínimo, 30% para o produtor, com base no artigo 85, da lei 4.504/64. Pode-se concluir que o preço final do produto sempre deve ser superior ao custo de produção, para garantir renda ao produtor rural.

Deste modo, conforme pontua Romina de Lucena e Nali de Souza<sup>71</sup>, a política de garantia de preço mínimo para o produto serve para proteger o setor agrícola das oscilações de preços em tempo de comercialização da safra. Segundo as autoras, a PGPM complementa-se com os Empréstimos do Governo Federal (EGF)<sup>72</sup> e as aquisições do Governo Federal (AGF).

O EGF é um contrato para crédito de comercialização dentro do ano-safra, que fornece liquidez ao setor agrícola para o transporte de produtos da safra para entressafra. Através do EGF, o Governo financia a estocagem no curto prazo, melhorando o poder de barganha do produtor na época da colheita e reduzindo as flutuações estacionais dos preços. O EGF funciona de duas formas: a primeira é o EGF COV (com opção de venda ao Governo Federal) e a segunda é o EGF SOB (sem opção de venda ao Governo).

Já o AGF é um instrumento de garantia de preço mínimo para os agricultores, ao mesmo tempo em que promove a estabilidade de preços de produtos agrícolas fundamentais para o consumo da população. Ele permite a formação de estoques reguladores de passagem de anos de oferta abundante para a venda em anos de escassez.

para a comercialização de seus produtos, mas facultando-lhes, ainda, vendê-los à CNA, se assim entender conveniente); b) financiamentos sem opção de venda (são igualmente concedidos pelo agente financeiro, normalmente à época prevista para o pagamento do crédito de custeio e visam proporcionar ao beneficiário recursos financeiros, de modo a lhe permitir o armazenamento e a conservação de seus produtos, para venda futura a outras pessoas que não o Governo Federal, em melhores condições de mercado).

<sup>70</sup> Faemg; Senar. Notas Jurídicas. Belo Horizonte, ano 4, n. 109, p. 1, 10 jul. 2009.

<sup>71</sup> LUCENA, Romina Batista de; SOUZA, Nali de Jesus. Políticas agrícolas e desempenho da agricultura brasileira: 1950-2000. Porto Alegre: Indic. Encon. FEE, v. 29, n. 2, p.180-200. ago. 2001.

<sup>72</sup> Segundo Dick (1991, p. 27), os EGFs subdividem-se em: "a) financiamentos com opção de venda (são concedidos pelo agente financeiro, geralmente à época do vencimento da operação de custeio, proporcionando, ao beneficiário, condições mais propícias

Com o AGF, o Governo compra os excedentes de produção, com base nos preços mínimos fixados antes do plantio. O AGF é exercido de duas formas: AGF Direto e o AGF Indireto (após a realização do EGF-COV).<sup>73</sup>

Ana Luisa Dick complementa afirmando que o EGF é operacionalizado pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Nacional de Crédito Rural, enquanto os bancos oficiais federais são responsáveis por operar a AGF. A autora prossegue informando que "o risco operacional do EGF é da instituição operadora", aplicando-se as normas do Manual de Crédito Rural e subsidiariamente as normas da Confederação Nacional da Agricultura (CNA).<sup>74</sup>

### 3. Encargos Financeiros nos Contratos de Crédito Rural

O crédito rural possui regramento jurídico próprio, com condições especiais em relação às demais operações bancárias, uma vez que seu fim precípuo é o fomento da atividade agrícola. Consequentemente, os encargos financeiros aplicados aos contratos de crédito rural são, em sua maioria, distintos dos créditos comuns, como será visto adiante.

Conforme capítulo 2, seção 3, do MCR, nos contratos de financiamento do crédito rural não podem ser cobradas nenhuma outra despesa além destas, exceto por autorização legal:

- a) remuneração financeira;
- b) Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF);
- c) custo de prestação de serviços;
- d) previstas no Programa de Garantia da Atividade Agropecuária (Proagro); e) prêmio do seguro rural, observadas as normas divulgadas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados;
- f) sanções pecuniárias;

g) prêmios em contratos de opção de venda, do mesmo produto agropecuário objeto do financiamento de custeio ou comercialização, em bolsas de mercadorias e futuros nacionais, e taxas e emolumentos referentes a essas operações de contratos de opção.

Vale destacar que não podem ser cobradas a taxa de cadastro (TC), a assessoria técnica e de fiscalização, a medição de lavoura e pastagem, exceto se tiver previsão na linha de crédito tomada. Além do mais, em regra, não pode ser financiado com recursos controlados do crédito rural a assistência técnica referente ao imóvel ou empresa, estudo e avaliação técnica não vinculada ao Proagro, e outros serviços de terceiros (que somente será cobrado quando demonstrada a necessidade e com prévia autorização do mutuário).

A soma de todas as despesas do contrato corresponde ao Custo Efetivo Total do Crédito Rural (CETCR) que deve ser indicado em cláusula na forma de taxa percentual anual e apresentado ao mutuário a cada renovação contratual ou na data de cada liberação de recurso.

Além do mais, Barros<sup>75</sup> defende a nulidade da novação de crédito rural, ou seja, o banco não pode renegociar a dívida de crédito especial (rural) em outro contrato de crédito bancário comum, aplicando taxas de juros superiores, comissão de permanência e outros encargos não previstos na legislação agrária. O Projeto de Lei 4588/2021<sup>76</sup> também veda de forma expressa a venda casada de produtos bancários para liberação do crédito rural, ficando a critério do produtor rural decidir quais produtos bancários deseja contratar.

<sup>73</sup> LUCENA; SOUZA, 2001, p.184.

<sup>74</sup> DICK, 1991, p. 27-28.

<sup>75</sup> BARROS. Wellington Pacheco. Da nulidade na novação de crédito rural. Disponível em < <https://direitoagrario.com/da-nulidade-na-novacao-de-credito-rural/> Acesso em 09 fev 2022.

<sup>76</sup> Câmara Legislativa. Projeto de Lei 4588/2021. Disponível em [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegracao?codteor=2128818](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegracao?codteor=2128818) Acesso em: 09 fev 2022.

A autora Heloísa Bagatin Cardoso<sup>77</sup> também alerta que os contratos devem ser muito claros e informar todos os encargos financeiros e forma de cálculo, a fim de evitar divergências na apuração do saldo devedor do financiamento, seja em sede de liquidação do título ou, posteriormente, em cumprimento de sentença quando discutido o débito em juízo, podendo trazer morosidade na solução judicial e elevar os custos com perícias contábeis.

### 3.1 CORREÇÃO MONETÁRIA

A correção monetária para Celso Marcelo de Oliveira é um instituto que visa preservar o poder aquisitivo da moeda, "este mecanismo opera através de incidência do índice de desvalorização sobre o montante anterior, de maneira sucessiva", a majoração do quantum debeatur é apenas quantitativa, pois o instituto visa manter estável a relação obrigacional ao longo do tempo.<sup>78</sup> Conforme Luiz Antonio Scavone Junior, a correção monetária não reflete um "plus", tem apenas por objetivo a simples "manutenção do valor de compra pela variação de um índice de preços que reflete o acréscimo (inflação) ou decréscimo (deflação) dos preços no mercado."<sup>79</sup>

Desde 1990, o STJ pacificou o entendimento, por intermédio da Súmula nº 16, que: "A legislação ordinária sobre crédito rural não veda a incidência da correção monetária." Ademais, o instituto também é previsto nos artigos 389, 395 e 404, cuja atualização monetária será procedida "segundo índices oficiais regularmente estabelecidos", aplicável nos casos de mora, independentemente de convenção.

Em relação ao indexador para correção do débito, o STJ possui três súmulas sobre o tema, a nº 288 permite a utilização da Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) para correção monetária nos contratos bancários, a nº 295 também valida a aplicação da Taxa Referencial (TR) para contratos posteriores à Lei n. 8.177/91, desde que pactuada, e a nº 297 veda o uso da Taxa Básica Financeira (TBF) como indexador de correção monetária nos contratos bancários.

Na ausência de previsão contratual do indexador de correção monetária, a jurisprudência aponta no sentido de ser utilizado o mais benéfico ao produtor rural.

### 3.2 TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS

<sup>77</sup> CARDOSO, Heloísa Bagatin. Renegociação de dívida de crédito rural. In. Direito Agrário na Prática: casos jurídicos reais sob a percepção das mulheres agraristas. Org. Cardoso, Heloísa Bagatin. Et al. Santana do Livramento, 2021. p. 266.

<sup>78</sup> OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Limite Constitucional dos Juros Bancários. LZN Editora: São Paulo. 203. p. 200.

<sup>79</sup> JUNIOR, Luiz Antonio Scavone. Juros no Direito Brasileiro. 3ª Ed. Editora RT: São Paulo. 2009. p. 371.

Conforme De Plácido e Silva os juros "são tecnicamente os frutos do capital, ou seja, os justos proventos ou recompensas que dele se tiram, consoante permissão e determinação da própria lei, sejam resultantes de uma convenção ou exigíveis por faculdade inscrita em lei"<sup>80</sup>.

Scavone dispõem que os juros podem ser classificados: a) quanto à origem: convencionais ou legais; b) quanto ao fundamento: compensatórios ou moratórios; c) quanto à capitalização: calculados de forma simples ou forma composta.<sup>81</sup>

Assim, os juros legais, em sentido lato, decorrem da previsão legal e independem de estipulação das partes e, em sentido estrito, corresponde à taxa de juros que deve ser aplicada na ausência de contratação.<sup>82</sup> Os juros convencionais têm origem na manifestação volitiva das partes em fixar uma compensação pelo uso do capital ou da mora na restituição.<sup>83</sup> Os juros compensatórios "são devidos em razão da utilização do capital pelo devedor na exata medida em que constituem frutos civis do valor empregado"<sup>84</sup>, enquanto que os juros moratórios "decorrem do descumprimento das obrigações e, mais frequentemente, do retardamento na restituição do capital ou do pagamento em dinheiro."<sup>85</sup>

Os juros ainda podem ser classificados quanto ao modo de fixação, pré-fixados, quando já existe estipulação prévia da taxa do contrato, ou pós-fixados ou flutuante, quando a taxa fica livre ao longo do contrato e é aplicada de acordo com a flutuação da taxa de mercado para o dia da operação. O Manual de Crédito Rural estabelece as fórmulas de cálculo para ambas as formas de fixação nas operações de crédito rural com recursos controlados, e permite ao beneficiário escolher no ato da contratação qual modalidade de taxa prefere, pré ou pós fixada, a depender da fonte do recurso (não é possível, por exemplo, taxa flutuante com financiamento utilizando recurso da poupança rural).

Em relação à capitalização, tem-se o cálculo na forma simples quando a "taxa de juros é aplicada apenas sobre o capital inicial, não incidindo sobre os valores nominais acumulados", e de forma composta quando "a taxa de juros incide sobre o capital inicial, acrescido dos juros acumulados até o período anterior"<sup>86</sup>.

<sup>80</sup> DE PLACIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. Ed. Forense. RJ. 2005. 26 ed. p. 807.

<sup>81</sup> JUNIOR, Luiz Antonio Scavone. Juros no Direito Brasileiro. 3ª ED. Editora RT: São Paulo. 2009. p. 85.

<sup>82</sup> JUNIOR, 2009. p. 86.

<sup>83</sup> JUNIOR, 2009. p. 108.

<sup>84</sup> JUNIOR, 2009. p. 111.

<sup>85</sup> JUNIOR, 2009. p. 125.

<sup>86</sup> JUNIOR, 2009. p. 194.



Carlos Alberto Pereira<sup>87</sup> ensina que caberia ao Conselho Monetário Nacional a competência de regulamentar as taxas de juros compensatórios no crédito rural, com base no art. 14, Lei 4829/65, e art. 5º, caput, Dec.-Lei 1671/67. Contudo, em razão da omissão do CMN, nos contratos de crédito rural incide a limitação da taxa de juros em 12% ao ano, com base na Lei de Usura (Decreto nº 22.626/33), sendo inaplicável aos financiamentos rurais o teor da Súmula 596 do STF. Portanto, não incide a regra de livre fixação de taxa de juros pelas instituições financeiras previstas na Lei de Reforma Bancária (art. 4º, IX, Lei nº 4.595/64).

Para cada fonte de recurso de linha de crédito existe uma limitação na taxa de juros remuneratórios, conforme previsões elencadas no Manual de Crédito Rural, de forma sucinta se elaborou os quadros a seguir para melhor elucidação:

Recurso	Finalidade/Beneficiário	Taxa de Juros
Obrigatório	Custeio, Comercialização, Industrialização e Obrigatórios	Até 7,5% a.a.
Poupança Rural, equalizável	Custeio, Investimento, Comercialização ao amparo do Financiamento Especial para estocagem	Até 7,5% a.a.
Poupança Rural	Investimento	Mesmos encargos para os Programas do BNDES

Recurso	Finalidade/Beneficiário	Taxa de Juros
Fundo de Terras e Reforma Agrária Mais	Renda bruta até R\$ 20.000,00 Patrimônio até R\$ 40.000,00 Moradia no Norte e Sudene	0,5% a.a.
Fundo de Terras e Reforma Agrária Mais	Renda bruta até R\$ 40.000,00 Patrimônio até R\$ 80.000,00 Qualquer região, menos Sudene	2,5% a.a.

Fundo de Terras e Reforma Agrária Mais	Renda bruta até R\$ 216.000,00 Patrimônio até R\$ 500.000,00 Qualquer região	4% a.a.
--	--	---------

Recurso	Finalidade/Beneficiário	Taxa de Juros
	Crédito Geral e Comercialização	Até 7,5% a.a.
	Atendimento a Cooperados	Até 7,5% a.a.
	Integralização de Cotas-Partes	Até 7,5% a.a.
	Taxa de Retenção	Até 7,5% a.a.
	Industrialização	Até 7,5% a.a.

O Programa Nacional de Apoio ao Médio produtor Rural (Pronamp) financia os produtores rurais com renda bruta anual de até R\$ 2,4 milhões. Financiando custeio, investimento e assistência técnica, com limite do financiamento de custeio em até R\$ 1,5 milhões, e de investimento em até R\$ 430 mil, com prazo máximo de reembolso de 8 anos e taxa de juros de 6,5% a.a.

Recurso	Finalidade/Beneficiário	Taxa de Juros Prefixada	Taxa de Juros Pós-fixada
Pronamp	Custeio e Custeio Rotativo	Até 5,5% a.a.	-
Pronamp	Investimento	Até 6,5% a.a.	1,62% a.a. + Fator de Atualização Monetária (FAM)

<sup>87</sup> PEREIRA, Carlos Alberto. Contratos de Crédito. São Paulo: Centrograf, 2007, p. 34.

Tabela 5: Fundo de Defesa da Economia Cafeeira (Funcafé) – MCR 7-5		
Recurso	Finalidade/Beneficiário	Taxa de Juros
Funcafé	Custeio – cafeicultor e cooperativa	Até 7,0% a.a.
Funcafé	Comercialização – cafeicultor e cooperativa	Até 7,0% a.a.
Funcafé	Aquisição de café – indústria, beneficiadores e exportadores	Até 7,0% a.a.
Funcafé	Contratos de Opções e Operações em Mercados Futuros	Até 7,0% a.a.
Funcafé	Capital de Giro Indústria de café solúvel e torrefação, cooperativa	Até 7,0% a.a.
Funcafé	Recuperação de cafezais Cafeicultor com perda mínima de 10% da lavoura	Até 7,0% a.a.

Conforme disposto no PAP, o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf) consiste em uma política pública de desenvolvimento sustentável do meio rural através do apoio aos agricultores familiares, ofertando o crédito rural em condições especiais de juros, prazos e limites. Caracterizado pela baixa taxa de juros, cerca de 0,5% a 4,5% ao ano, conveniente aos que dependem da pequena agricultura.

Sendo criado em 1996, para financiar projetos individuais ou coletivos, que geram renda aos agricultores familiares e assentados em áreas concedidas pela reforma agrária, o Pronaf tem o objetivo de auferir a geração de renda e aperfeiçoamento da mão de obra familiar, financiando as atividades e serviços rurais agropecuários e não agropecuários desenvolvido em estabelecimento rural ou em áreas comunitárias próximas. Mecanismo que permite ao pequeno produtor ter acesso ao crédito rural, seja para financiar o custeio da produção ou para modernizar os empreendimentos familiares, através do financiamento de máquinas agrícolas, tratores, veículos de carga, equipamentos e tecnologias de mercado.

Para ter acesso ao Pronaf é necessário que o produtor solicite a emissão da Declaração de aptidão ao Pronaf (DAP). Dentre os requisitos necessários para emissão do DAP destaca-se que: a área rural em posse da família não pode ultrapassar quatro módulos fiscais; a mão-de-obra utilizada deve ser predominantemente familiar; renda bruta anual de até R\$ 500 mil e no

mínimo 50% de toda a renda deve vir das atividades desenvolvidas na área rural em posse da família.

O Pronaf é subdividido em diversos subprogramas, conforme os regramentos administrativos expedidos, evidenciando-se os seguintes:

Pronaf Custeio, destinado ao custeio de atividades agropecuárias e de beneficiamento ou industrialização da produção para os produtores rurais que se enquadrarem conforme a apresentação da DAP ativa, sendo, portanto, uma das linhas de crédito mais utilizada.

Pronaf B, uma linha de microcrédito destinado para famílias agricultoras com Renda Bruta Anual Familiar de até R\$ 23 mil, para investimentos na implantação, ampliação e modernização da infraestrutura de produção e serviços, seja no estabelecimento rural ou em áreas comunitárias rurais próximas. Devendo o beneficiário estar com a DAP "B" ativa.

Pronaf Mais Alimentos, destinado para elevar a renda familiar, com investimentos no aumento da produção, da produtividade e na redução dos custos de produção.

Pronaf Bioeconomia, para investimentos na utilização de tecnologias de energia renovável, ambientais, arma

Pronaf Agroindústria, sendo um financiamento a agricultores e produtores rurais familiares, sejam pessoas físicas ou jurídicas, e suas cooperativas, destinado a aplicar investimento no beneficiamento, em armazenagem, no processamento e na comercialização da produção agrícola, extrativa, de produtos florestais e artesanais; e para apoio à exploração de turismo rural.<sup>88</sup>

Pronaf Floresta, destinando-se a investimentos para atividades agroflorestais, a saber, extrativismo ecologicamente sustentável, recomposição e manutenção de áreas de preservação permanente e reserva legal e recuperação de áreas degradadas para o cumprimento de legislação ambiental, bem como para o enriquecimento de áreas com cobertura florestal diversificada.

Pronaf Semiárido, com investimentos em projetos de convivência com o semiárido, pondo à frente a infraestrutura hídrica e visando a sustentabilidade dos agroecossistemas, implantando, ampliando, recuperando ou modernizando o solo.<sup>89</sup>

Pronaf Mulher, designado a conceder crédito as mulheres agricultoras, independente do seu estado civil, para investimento em infraestrutura de produção e serviços agropecuários e não-agropecuários no imóvel agrário, conforme o interesse da mulher

<sup>88</sup> RIZZARDO, 2018, p. 568.

<sup>89</sup> Ibidem, p. 569.

produtora com projeto técnico ou proposta simplificada.<sup>90</sup>

Contextualizando, Thayrine Ferreira Prado<sup>91</sup> explica que o Pronaf Mulher foi idealizado durante a segunda edição da Marcha das Margaridas - movimento de mulheres rurais reivindicando melhorias na qualidade de vida e igualdade de gênero -, com a finalidade de aumentar o acesso da mulher ao crédito, "através de um programa do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA), foi estabelecida uma portaria estabelecendo que 30% dos créditos do Pronaf seriam destinados às mulheres". Apesar da linha de crédito já existir há alguns anos, a Deputada Jaqueline Cassol<sup>92</sup> expôs em palestra que muitas produtoras rurais não conhecem o programa e a possibilidade de captação de recursos com encargos financeiros mais vantajosos, de modo que sequer é esgotado o valor disponibilizado para o Pronaf Mulher.

Pronaf Jovem, destinado a jovens agricultores e agricultoras familiares (enquadrados no Pronaf) maiores de 16 anos e com até 29 anos, financiando infraestrutura de produção e serviços agropecuários e não-agropecuários no imóvel agrário, atendendo ao melhor interesse do jovem.

Pronaf Custeio e Comercialização de Agroindústrias, tendo como beneficiários, agricultores familiares, suas cooperativas e empreendimentos familiares rurais, para financiamento das necessidades de custeio do beneficiamento e industrialização de produção própria e/ou de terceiros.<sup>93</sup>

Ainda atende nos segmentos de extrativismo e produtos florestais, turismo rural e produtos artesanais, devendo observar para beneficiar-se, na pessoa física, que no mínimo 80% da produção que será beneficiada, processada ou comercializada, seja própria. Em empreendimentos familiares, rurais, devem apresentar a DAP pessoa jurídica ativa para a agroindústria familiar, com 70% no mínimo de produção própria.

Pronaf Microcrédito Produtivo Rural, concedido aos agricultores integrantes de unidades familiares de produção<sup>94</sup> para investimentos em atividades agropecuárias desenvolvidas no estabelecimento rural, bem como para implantação, ampliação ou modernização da infraestrutura de produção e prestação de serviços agropecuários.

Pronaf Agroecologia, aos agricultores e familiares para o financiamento/investimento dos sistemas de produção agroecológicos ou orgânicos,

podendo incluir os custos de implantação e manutenção do empreendimento.<sup>95</sup> Sendo necessária a apresentação de um projeto técnico ou de uma proposta simplificada nos moldes exigidos pelo MAPA.

Pronaf Pgpaf (Programa de Garantia de Preços para a Agricultura Familiar), instituído pelo Dec 5.996/2006 e destinado a cobrir a defasagem do preço de comercialização do produto financiado que ficar abaixo do preço de garantia vigente, no âmbito do Programa de Garantia de Preços para a Agricultura Familiar (Pgpaf).<sup>96</sup>

Pronaf Bioeconomia, para a implantação, utilização e recuperação, entre outras funções, de tecnologias de energia renovável, como o uso da energia solar; da biomassa, eólica, miniusinas de biocombustíveis; de estações de tratamento de água; de armazenamento hídrico, como o uso de cisternas, barragens, barragens subterrâneas, caixas-d'água; e de adoção de práticas conservacionistas e de correção da acidez e fertilidade do solo, visando sua recuperação e melhoramento da capacidade produtiva, investimento para o financiamento de pequenos aproveitamentos hidroenergéticos; tecnologias e energia renovável; tecnologias ambientais; projetos de adequação ambiental; adequação ou regularização das unidades familiares de produção à legislação ambiental; implantação de viveiros de mudas de essências florestais e frutíferas fiscalizadas ou certificadas e silvicultura.<sup>97</sup>

Pronaf PNCF (Programa Nacional de Crédito Fundiário) e PRA (Programa Nacional de Reforma Agrária), destinado exclusivamente em favor das famílias beneficiárias pelo Programa Nacional de Reforma Agrária (PNRA) e pelo Programa Nacional de Crédito Fundiário (PNCF).<sup>98</sup>

Pronaf Mais Alimentos, para atender investimento à produção, armazenagem e transporte, dentre outros produtos, de açafrão, arroz, café, centeio, erva-mate, feijão, mandioca, milho, sorgo e trigo; e à produção de fruticultura, olericultura, apicultura, aquicultura, avicultura, bovinocultura de corte, bovinocultura de leite, caprinocultura, ovinocultura, pesca e suinocultura.<sup>99</sup>

Pronaf Composição de Dívidas, que é uma linha de crédito para composição de dívidas oriundas de operações de financiamento de investimento ou de custeio contratadas no âmbito do Pronaf com recursos repassados pelo BNDES.<sup>100</sup>

<sup>90</sup> Ibidem, p. 569.

<sup>91</sup> Prado, Thayrine Ferreira. A Mulher e sua Participação nas Políticas de Crédito Rural. In: Direito Agrário na Prática: casos jurídicos reais sob a percepção das mulheres agraristas. Org. Cardoso, Heloisa Bagatin. Et al. Santana do Livramento, 2021. p. 266.

<sup>92</sup> CASSOL, Jaqueline. Palestra proferida no II Encontro Nacional das Mulheres Agraristas da UBAU. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=GwKyeu2UHws&t=777s>> Acesso em: 09 fev 2022.

<sup>93</sup> RIZZARDO, 2018, p. 569.

<sup>94</sup> Ibidem, p. 569.

<sup>95</sup> Ibidem, p. 569.

<sup>96</sup> RIZZARDO, 2018, p. 569.

<sup>97</sup> Ibidem, 2018, p.569.

<sup>98</sup> Ibidem, 2018, p. 569.

<sup>99</sup> Ibidem, 2018, p.569.

<sup>100</sup> Ibidem, 2018, p. 569.

Tabela 6: Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf) – MCR 7-6

Recurso	Finalidade/Beneficiário	Taxa de Juros Prefixada	Taxa de Juros Pós-fixada
Pronaf PNCF	Custeio – Grupo A/C	Até 1,5% a.a.	-
Pronaf PNCF	Investimento – Grupo A e beneficiários do PNRA com renda bruta até R\$ 20.000,00, sem contratação de trabalho assalariado permanente	Até 0,5% a.a.	-
Pronaf Custeio	Custeio – cultivo de diversos produtos agropecuários com sistema de produção de base agroecológica ou exploração extrativista ecologicamente sustentável	Até 3,0% a.a.	-
Pronaf Custeio	Aquisição de Animais de recria e engorda	Até 4,5% a.a.	-
Pronaf Mais Alimentos	Investimento – manejo e proteção de recursos naturais, formação e recuperação e pastagens, infraestrutura elétrica e para água, armazenagem, exploração extrativista ecologicamente sustentável, similares	Até 3,0% a.a.	1,72% + FAM
Pronaf Mais Alimentos	Demais empreendimentos e finalidades do Programa	Até 4,5% a.a.	0,29% + FAM

Pronaf Agroindústria	Todos	Até 4,5% a.a.	0,29% + FAM
Pronaf Floresta	Todos	Até 3,0% a.a.	1,72% + FAM
Pronaf Semiárido	Todos	Até 3,0% a.a.	1,72% + FAM
Pronaf Mulher	Beneficiárias dos Grupos, A, A/C e B, com projetos que adotam a metodologia do PNMPD	Até 0,5% a.a.	-
Pronaf Mulher	Demais beneficiárias: manejo e proteção de recursos naturais, formação e recuperação e pastagens, infraestrutura elétrica e para água, armazenagem, exploração extrativista ecologicamente sustentável, similares	Até 3,0% a.a.	1,72% + FAM
Pronaf Mulher	Demais empreendimentos e finalidades do Programa	Até 4,5% a.a.	0,29% + FAM
Pronaf Jovem	todos	Até 3,0% a.a.	1,72% + FAM
Pronaf Industrialização	todos	Até 4,5% a.a.	-
Pronaf Cotas-Partes	todos	Até 4,5% a.a.	-
Pronaf Microcrédito Produtivo	Grupo B	Até 0,5% a.a.	1,72% + FAM

Pronaf Bioeconomia	silvicultura	Até 4,5% a.a.	0,29% + FAM
Pronaf Bioeconomia	Demais finalidade	Até 3,0% a.a.	1,72% + FAM
Pronaf Produtivo Orientado	todos	Até 3,0% a.a.	1,72% + FAM
Pronaf Cotas-Partes	todos	Até 4,5% a.a.	1,72% + FAM

Além das linhas do Pronaf, são disponibilizadas outras linhas de investimento, como o Inovagro, financiamento para projetos de inovação tecnológica para propriedades rurais, visando aprimorar a gestão e ampliar a produtividade das fazendas.

O Moderagro, destinado a projetos de ampliação e modernização da produção agropecuária.

O Programa de Construção de Armazéns (PCA), com objetivo de ampliar a capacidade de armazenamento, modernizando, construindo ou reformando armazéns.

O Programa de Desenvolvimento Cooperativo para Agregação de Valor à Produção Agropecuária (Prodecoop), destina-se a tornar competitivo as cooperativas agropecuárias, com a modernização dos sistemas produtivos e de comercialização.

O Programa de Capitalização de Cooperativas Agropecuárias (Procap), para a recuperação ou reestruturação patrimonial de cooperativas agropecuárias, agroindustriais, aquícolas ou pesqueiras.

O Programa de Financiamento à Agricultura Irrigada e ao Cultivo Protegido (Proirriga), destinado ao desenvolvimento da agropecuária irrigada e sustentável, para o incentivo à produção em ambiente protegido e para proteção da fruticultura em climas temperados contra a incidência de granizo.

	cotas partes e capital de giro.		
Proirriga	Todos os itens	Até 7,5% a.a.	2,58% a.a. +FAM
Moderagro	Produtores rurais e cooperativas	Até 7,5% a.a.	2,58% a.a. +FAM
Moderfrota	Produtores rurais e cooperativas com renda bruta de até 45 mi de reais	Até 8,5% a.a.	3,53% a.a. +FAM
Prodecoop	Cooperativas singulares e centrais, associados para integralização de cotas-partes	Até 8,0% a.a.	3,05% + FAM
ABC	Produtores e cooperativas – regularização ambiental	Até 5,5% a.a.	0,67% + FAM
ABC	Produtores e cooperativas – Demais finalidades	Até 7,0% a.a.	2,1% + FAM
Inovagro	Produtores rurais e cooperativas	Até 7,0% a.a.	2,1% +FAM
PCA	Produtores rurais e cooperativas, cuja capacidade total não exceda 6 toneladas por beneficiário	Até 5,5% a.a.	0,67% +FAM
PCA	Produtores rurais e cooperativas – demais investimentos	Até 7,0% a.a.	2,1% + FAM

Tabela 7: Programas com Recursos do BNDES (MCR 7-7)

Programas	Finalidade/Beneficiário	Taxa de Juros Prefixada	Taxa de Juros Pós-fixada
Procap-Agro	Produtores rurais, cooperativas, agroindústrias, etc. Integralização de	Até 8,0% a.a.	3,05% a.a. +FAM

Fundo / Finalidade	Receita Bruta Anual	Taxa de Juros Prefixada	Taxa de Juros Pós-fixada
FCO – Investimento Com custeio ou capital de giro	Até 16 mi	Até 6,09% a.a.	3,05% a.a. +FAM
	De 16 a 90 mi	Até 6,56% a.a.	2,58% a.a. +FAM
	Acima de 90 mi	Até 7,03% a.a.	2,58% a.a. +FAM
FCO – custeio ou capital de giro e comercialização	Até 16 mi	Até 6,23% a.a.	-
	De 16 a 90 mi	Até 6,76% a.a.	-
	Acima de 90 mi	Até 7,27% a.a.	-
FCO – Operações Florestais	-	Até 5,46% a.a.	0,63% + FAM
FNE – Investimento Com custeio ou capital de giro	Até 16 mi	Até 5,65% a.a.	0,81% +FAM
	De 16 a 90 mi	Até 5,96% a.a.	1,11% +FAM
	Acima de 90 mi	Até 6,27% a.a.	1,40% + FAM
FNE – custeio ou capital de giro e comercialização	Até 16 mi	Até 5,75% a.a.	-
	De 16 a 90 mi	Até 6,09% a.a.	-
	Acima de 90 mi	Até 6,43% a.a.	-
FNE- Operações Florestais	-	Até 5,23% a.a.	0,35% + FAM
FNO – Investimento	Até 16 mi	Até 5,66% a.a.	0,82% +FAM

Com custeio ou capital de giro	De 16 a 90 mi	Até 5,98% a.a.	1,13% +FAM
	Acima de 90 mi	Até 6,29% a.a.	1,42% + FAM
FNO – custeio ou capital de giro e comercialização	Até 16 mi	Até 5,76% a.a.	-
	De 16 a 90 mi	Até 6,11% a.a.	-
	Acima de 90 mi	Até 6,45% a.a.	-
FNO - Operações Florestais	-	Até 5,24% a.a.	0,42% + FAM

O MCR prevê que no caso de aplicação irregular ou desvio de finalidade do crédito rural, o mutuário fica sujeito a devolver a quantia com sanções pecuniárias contratadas, incidindo desde a data de sua liberação correção pela TR e taxa de juros efetiva de 24% ao ano, sem prejuízo de demais sanções previstas na legislação (MCR 2-3-11 c/c 2-5-12).

Na hipótese de omissão acerca da taxa de juros no contrato, o Projeto de Lei 4588/202101 prevê que o agente financiador fica sujeito a aplicar as menores taxas de mercado para a mesma espécie de operação no período da vigência contratual, uma vez que em caso de dúvida o contrato deve ser interpretado em favor do produtor rural.

### 3.3 TAXA DE JUROS MORATÓRIOS E COMISSÃO DE PERMANÊNCIA

Quanto aos juros moratórios, segundo Paulo Nader<sup>102</sup>, o pagamento é obrigatório quando ocorre o inadimplemento e independe da alegação de prejuízo do credor (por já ser presumido), com base no disposto no art. 407 do Código Civil.

Nos contratos de crédito rural os juros de mora são aplicados em 1% ao ano, conforme redação do parágrafo único, do art. 5º, do Dec.-Lei 167/67. Ricardo Barbosa Alfonsin frisa que qualquer estipulação contratual de juros de mora "acima de 1% ao ano é manifestamente ilegal, resultando disso a nulidade absoluta da cláusula respectiva."<sup>103</sup>

Diante da natureza distinta dos juros compensatórios e dos moratórios é plenamente possível a cumulação de ambos, sendo devidos "até o efetivo pagamento da obrigação, sob pena de enriquecimento ilícito do devedor, que seria assim

<sup>101</sup> Câmara Legislativa. Projeto de Lei 4588/2021. Disponível em [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegracao?codteor=2128818](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegracao?codteor=2128818) Acesso em: 09 fev 2022.

<sup>102</sup> NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Obrigações. V. 2. Ed. Forense: Rio de Janeiro. 2005. p. 556.

<sup>103</sup> ALFONSIN, 2006. p. 48.

estimulado a não quitar suas obrigações”, conforme anota João Roberto Parizatto<sup>104</sup>.

Todavia, considerando que nos contratos de crédito rural está prevista somente a cobrança de juros de mora de 1% ao ano, Carlos Alberto Pereira ressalta que não é possível a cumulação com a comissão de permanência, afirmando que “a inserção no contrato de taxas ou comissões extras em caso de inadimplemento deve ser repelida para não fazer tabula rasa da legislação específica.”<sup>105</sup> O Projeto de Lei 4588/2021 prevê a proibição de forma expressa da comissão de permanência em contratos de crédito rural<sup>106</sup>.

### 3.4 CAPITALIZAÇÃO DE JUROS

Para Celso Marcelo de Oliveira “capitalização é a incorporação dos juros ao principal, para constituir um novo saldo, e sobre este incidir novos juros, caracterizada na matemática financeira pela variação dos juros em função do tempo.”<sup>107</sup>

Em relação à taxa de juros nos contratos bancários comuns e de crédito rural ocorreram diversas controvérsias ao longo do tempo. Inicialmente, entendia-se que a capitalização de juros era vedada pelo art. 4º do Decreto 22.626/33 (Lei de Usura), sendo possível apenas a sobreposição de juros anual. Em 1963, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 121: “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”. Posteriormente, houve a liberação da capitalização de juros mensal para instituições financeiras por intermédio do art. 5º, da 17ª edição da Medida Provisória 1.963 (reeditada pela Medida Provisória 2.170-36/2001). A doutrina e a jurisprudência discutiram muito sobre a constitucionalidade de referida norma até pacificarem o entendimento no sentido de ser possível a capitalização mensal de juros desde que previamente pactuada, conforme tese firmada em Recurso Especial repetitivo 973.827/RS do STJ, e, posteriormente, deu ensejo as súmulas 539 e 541 do STJ.

No tocante ao crédito rural, a doutrina e a jurisprudência eram pacíficas em permitir a capitalização de juros de forma semestral, com base no art. 5º, caput, do Decreto-Lei 167/67, mesmo sem ajuste prévio. Contudo, em relação à capitalização mensal existiam posicionamentos divergentes, a tese desfavorável sustentava que a legislação agrária descreve o intervalo de seis meses para a sobreposição de juros (considerando justamente o período médio entre safras) e, também, questionava a constitucionalidade da MP nº 1693-17. Entretanto, a

controvérsia restou superada em 2014 com o julgamento do Recurso Especial repetitivo 1.333.977/MT do STJ, que firmou a seguinte tese: “A legislação sobre cédulas de crédito rural admite o pacto de capitalização de juros em periodicidade inferior à semestral”.

Portanto, depreende-se que é possível a capitalização de juros em periodicidade mensal em contratos de crédito rural, desde que firmados após a MP nº 1693-17, e expressamente prevista no contrato ou ante a pactuação de juros anuais superiores ao duodécuplo da taxa mensal, conforme orientação da jurisprudência.

### 3.5 MULTA MORATÓRIA

João Roberto Parizatto define multa como sendo a “pena pecuniária imposta a alguém em virtude de infringência de determinada obrigação legal ou contratual, essa obrigação pode ser de fazer ou não fazer, ou de pagar quantia certa em uma data previamente ajustada”<sup>108</sup>. Portanto, a multa moratória decorre do inadimplemento da obrigação no vencimento convencionado, sendo que a quitação da obrigação somente se dá após o adimplemento do principal e da multa moratória convencionada, cuja incidência é única (independentemente do tempo da mora), aplicando-se a correção monetária sobre o valor do débito (total) ou da prestação vencida quando a obrigação for diferida.<sup>109</sup>

O mesmo autor<sup>110</sup>, ainda, explica que nos contratos de mútuo se aplicava a regra do art. 8º do Decreto nº 22.626/33, cujo limite máximo da multa era de 10% sobre o principal, pois tinha como finalidade atender as despesas judiciais e honorários advocatícios. Entretanto, com o advento da Lei nº 9.298/96 foi alterado o parágrafo primeiro do artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor reduzindo o limite da multa moratória para no máximo 2%. Segundo o autor a alteração ocorreu em razão da estabilidade inflacionária do país, mantida na faixa de 1% ao mês, logo seria desproporcional fixar em 10% a multa, uma vez que a finalidade é de apenas compelir o devedor a quitar a obrigação no tempo ajustado. Ademais, os honorários advocatícios passaram a ser tratados como remuneração do advogado e a ele pertencendo, art. 22 da Lei nº 8.906/1994, portanto a multa perdeu a função de subsidiar o valor da verba honorária. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal por intermédio da súmula 616 pacificou o entendimento de que é possível a cumulação da multa contratual com honorários advocatícios.

<sup>104</sup> PARIZATTO, João Roberto. Multas e Juros no direito brasileiro. Edipa: Minas Gerais. 3ª Ed. 1999. p. 78.

<sup>105</sup> PEREIRA, 2007. p. 59/60.

<sup>106</sup> Câmara Legislativa. Projeto de Lei 4588/2021. Disponível em [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegracao?codteor=2128818](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegracao?codteor=2128818) Acesso em: 09 fev 2022.

<sup>107</sup> OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Limite Constitucional dos Juros Bancários. LZN Editora: São Paulo. 2003. p. 102.

<sup>108</sup> PARIZATTO, João Roberto. Multas e Juros no direito brasileiro. Edipa: Minas Gerais. 3ª Ed. 1999. p. 01.

<sup>109</sup> PARIZATTO, 1999, p. 18.

<sup>110</sup> PARIZATTO, 1999, p. 12-13.

O Superior Tribunal de Justiça editou duas súmulas sobre o assunto, a primeira de nº 285 sedimenta a aplicabilidade da multa moratória prevista no CDC aos contratos bancários, e a segunda de nº 297 deixa clara a sujeição das instituições financeiras à legislação consumerista.

Desse modo, nas avenças firmadas a partir de 02 de agosto de 1996 (ou seja, da vigência da Lei nº 9.298/96, que modificou a redação do art. 52, §1º do CDC) deve ser aplicada a multa de apenas 2%, sob pena da cláusula ser nula de pleno direito. Além do mais, o Projeto de Lei 4588/2021<sup>111</sup> prevê de forma expressa a limitação da multa em 2% nos contratos de crédito rural, independentemente da aplicação da legislação consumerista.

#### 4. TÍTULOS DE CRÉDITO RURAL E GARANTIAS ATRELADAS AS OPERAÇÕES DE CRÉDITO

Conforme bem disciplina Renato Buranello em sua obra, Manual do Direito do Agronegócio, "é por meio das denominadas Cédulas de Crédito Rural que se dá a operacionalização do SNCR".<sup>112</sup>

Sendo as Cédulas rurais as representações escritas do crédito rural, que decorrem de um financiamento, ou empréstimo rural, ou demais modalidades de concessão de crédito, abarcando, ainda, a representação de uma compra e venda a prazo, pactuada entre produtores rurais, entres estes e cerealistas, moinhos, cooperativas ou por destes com terceiros.<sup>113</sup>

Tais instrumentos são regulados pelo Decreto-lei nº 167/1967, que disciplinou dentre os títulos de financiamento rural, a cédula rural pignoratícia (CRP), a cédula rural hipotecária (CRH), a cédula rural pignoratícia e hipotecária (CRPH) e a nota de crédito rural (NCR). Todas enquadradas como promessa de pagamento em dinheiro, sendo as três primeiras com garantia real credulamente constituída, e a última sem qualquer garantia real, sendo assim, as três primeiras são classificadas como cédulas de crédito rural, e a NCR como cédula de crédito pessoal rural.

Importante salientar que o mesmo decreto disciplina outros dois títulos, sendo eles: a nota promissória rural e a duplicata rural, os quais se destinam a venda a prazo de produtos agrícolas, de circulação irrestrita entre os demais agentes da cadeia agroindustrial.

Podendo ser utilizada também a Cédula de Crédito Bancário (CCB) para formalizar operações de crédito rural, ou até mesmo mediante contratos, desde

que cumpram os requisitos formais dispostos na lei específica e seja inviável a realização da operação pretendida por meio de outros títulos previstos.

As Cédulas de Crédito Rural de um modo geral são caracterizadas como promessa de pagamento em dinheiro, destinadas a concessão do financiamento rural pelos órgãos integrantes do SNCR aos produtores rurais (pessoa física ou jurídica) e suas cooperativas. Sendo, portanto, títulos, líquidos, certos e exigíveis, incluindo as multas, correção monetária, juros e demais despesas que incumbirem ao credor para garantir a segurança, a regularidade e a realização de seu direito creditório. Deste modo, são ainda, títulos negociáveis, o que permite que o credor possa endossá-las a terceiros.

Já a Lei nº 8.929/1994 instituiu a Cédula de Produto Rural (CPR), uma cédula diferente de todas as demais, pois promete a entrega de um determinado produto rural, podendo estar atrelada a uma garantia real ou não, como forma de garantir que o produto descrito na cédula será definitivamente entregue, conforme menciona em seu art. 1º "fica instituída a Cédula de Produto Rural (CPR), representativa de promessa de entrega de produtos rurais, com ou sem garantia credulamente constituída". (Essa cédula não é utilizada no financiamento público, portanto, não é objeto de estudo do presente trabalho. Mas é importante ao menos mencioná-la, já que é um dos títulos aptos a utilizar o patrimônio rural em afetação como modalidade de garantia).

##### 4.1. GARANTIAS ATRELADAS AS OPERAÇÕES DE CRÉDITO RURAL

O Decreto nº 58.380/1966 que trata da regulamentação da Lei que institucionaliza o Crédito Rural, apresenta em seu art. 30, as possibilidades de constituição de garantia das operações de crédito rural, quais sejam: Penhor Agrícola, Penhor Pecuário, Penhor Mercantil, Penhor Industrial, Bilhete de Mercadoria, Warrants e conhecimentos de depósitos, Caução, Hipoteca, Fidejussórias, além de outras que o Conselho Monetário Nacional venha a admitir como forma de garantia.

##### 4.2. CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA

A Cédula Rural Pignoratícia pode ser conceituada como o contrato de penhor rural propriamente dito, pois é um título de crédito atrelado a uma garantia real de um penhor rural ou mercantil.

<sup>111</sup> Câmara Legislativa. Projeto de Lei 4588/2021. Disponível em [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2128818](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2128818). Acesso em: 09 fev 2022.

<sup>112</sup> BURANELLO, Renato. Manual de Direito do Agronegócio. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.192.

<sup>113</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Direito do Agronegócio. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 506.



Sendo tais bens que podem ser objetos do penhor agrícola e pecuário elencados nos arts. 1.442 e 1.444 do Código Civil, são eles: "máquinas e instrumentos de agricultura; colheitas pendentes, ou em via de formação; frutos acondicionados ou armazenados; lenha cortada e carvão vegetal; animais do serviço ordinário de estabelecimento agrícola; e os animais que integram a atividade pastoril, agrícola ou de laticínios" e do penhor mercantil mencionados no art. 1.447 do CC: "máquinas, aparelhos, matérias, instrumentos instalados e em funcionamento, com os acessórios ou sem eles; animais utilizados na indústria; sal e bens destinados à exploração das salinas; produtos de suinocultura, animais destinados à industrialização de carnes e derivados; matérias-primas e produtos industrializados". Portanto, tal instrumento é utilizado para assegurar a ausência do pagamento, mediante a garantia de bens móveis provenientes da atividade rural ou comercial.

Devendo conter no instrumento de formalização da CRP, os seguintes requisitos indicados no art.14 do Decreto-lei nº 167/1967:

I - Denominação "Cédula Rural Pignoratória".

II - Data e condições de pagamento; havendo prestações periódicas ou prorrogações de vencimento, acrescentar: "nos termos da cláusula Forma de Pagamento abaixo" ou "nos termos da cláusula Ajuste de Prorrogação abaixo".

III - Nome do credor e a cláusula à ordem.

IV - Valor do crédito deferido, lançado em algarismos e por extenso, com indicação da finalidade ruralista a que se destina o financiamento concedido e a forma de sua utilização.

V - Descrição dos bens vinculados em penhor, que se indicarão pela espécie, qualidade, quantidade, marca ou período de produção, se for o caso, além do local ou depósito em que os mesmos bens se encontrarem.

VI - Taxa dos juros a pagar, e da comissão de fiscalização, se houver, e o tempo de seu pagamento.

VII - Praça do pagamento.

VIII - Data e lugar da emissão.

IX - Assinatura do emitente ou de representante com poderes especiais, admitida a assinatura sob a forma eletrônica, desde que garantida a identificação inequívoca de seu signatário." (BRASIL, 1967)

#### 4.3. CÉDULA RURAL HIPOTECÁRIA

A Cédula Rural Hipotecária é um título, certo, líquido e exigível, que tem como garantia a hipoteca de um bem imóvel, sendo a hipoteca disciplinada nos arts.

1.473 a 1.505 do CC, enquanto os aspectos procedimentais, na Lei nº 6.015/1973, que trata dos Registros Públicos. Portanto, tratando de uma garantia de um imóvel, que pode ser rural ou urbano, e conseqüentemente, todos os acessórios introduzidos nele integram a hipoteca: máquinas e instalações, benfeitorias, construções, nos termos do art. 22 da Lei de Registros Públicos. Desta feita, fica evidenciado que em uma fazenda hipotecada, as máquinas agrícolas, benfeitorias, construções, bem como as melhorias efetuadas no imóvel durante a vigência da cédula, integram a hipoteca, devendo ser aplicada à hipoteca cedular, de forma subsidiária, os princípios que regem a legislação ordinária sobre hipoteca no que não colidir com o Decreto-lei nº 167/1967.<sup>114</sup>

Importante ressaltar, conforme dispõe o Código Civil, que as embarcações e aeronaves, embora sejam bens móveis poderão ser hipotecadas, desde que, mediante contrato, sendo inviável, portanto, ajustá-las em Cédulas de Crédito Rural.

Por todo o exposto, trata-se de uma hipoteca convencional, por meio de uma cédula, para um financiamento rural executado pelas instituições financeiras integrantes do SNCR, com os seguintes requisitos presentes, em conformidade com o art. 20 do Decreto-lei nº 167/1967:

I - Denominação "Cédula Rural Hipotecária".

II - Data e condições de pagamento; havendo prestações periódicas ou prorrogações de vencimento, acrescentar: "nos termos da cláusula Forma de Pagamento abaixo" ou "nos termos da cláusula Ajuste de Prorrogação abaixo".

III - Nome do credor e a cláusula à ordem.

IV - Valor do crédito deferido, lançado em algarismos e por extenso, com indicação da finalidade ruralista a que se destina o financiamento concedido e a forma de sua utilização.

V - Descrição do imóvel hipotecado com indicação do nome, se houver, dimensões, confrontações, benfeitorias, título e data de aquisição e anotações (número, livro e folha) do registro imobiliário.

VI - Taxa dos juros a pagar e a da comissão de fiscalização, se houver, e tempo de seu pagamento.

VII - Praça do pagamento.

VIII - Data e lugar da emissão.

IX - Assinatura do emitente ou de representante com poderes especiais, admitida a assinatura sob a forma eletrônica, desde que garantida a identificação inequívoca de seu signatário" (BRASIL, 1967)

#### 4.4. CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA E HIPOTECÁRIA

<sup>114</sup> BURANELLO, Renato. Manual de Direito do Agronegócio. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.196.

A Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária por sua vez, reúne os dois títulos mencionados, ocorrendo quando o emitente do título oferece em garantia bens móveis e imóveis, portanto, deverá ser emitida a Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária, aplicando-se as mesmas regras das Cédulas Pignoratícias e das Cédulas Hipotecárias. Seguindo os requisitos mencionados no art. 25 do Decreto-lei nº 167/1967:

I - Denominação "Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária".

II - Data e condições de pagamento havendo prestações periódicas ou prorrogações de vencimento, acrescentar: "nos termos da cláusula Forma de Pagamento abaixo" ou "nos termos da cláusula Ajuste de Prorrogação abaixo".

III - Nome do credor e a cláusula à ordem.

IV - Valor do crédito deferido, lançado em algarismos e por extenso, com indicação da finalidade ruralista a que se destina o financiamento concedido e a forma de sua utilização.

V - Descrição dos bens vinculados em penhor, os quais se indicarão pela espécie, qualidade, quantidade, marca ou período de produção se for o caso, além do local ou depósito dos mesmos bens.

VI - Descrição do imóvel hipotecado com indicação do nome, se houver, dimensões, confrontações, benfeitorias, título e data de aquisição e anotações (número, livro e folha) do registro imobiliário.

VII - Taxa dos juros a pagar e da comissão de fiscalização, se houver, e tempo de seu pagamento.

VIII - Praça do pagamento.

IX - Data e lugar da emissão.

X - Assinatura do emitente ou de representante com poderes especiais, admitida a assinatura sob a forma eletrônica, desde que garantida a identificação inequívoca de seu signatário." (BRASIL, 1967)

#### 4.5. NOTA DE CRÉDITO RURAL

A Nota de Crédito Rural representa um financiamento ou empréstimo bancário, porém diferencia-se dos títulos anteriores, por não estar atrelada a nenhuma garantia real, sendo, portanto, vinculada a uma garantia fidejussória, pessoal, e nos termos do art. 28 do Decreto-lei nº 167/1967, seu crédito goza de privilégios sobre os demais créditos não sujeitos a garantias em outros títulos, ou não preferenciais, como o caso dos fiscais e trabalhistas. Devendo atender os requisitos do art. 27 do supra decreto:

I - Denominação "Nota de Crédito Rural".

II - Data e condições de pagamento; havendo prestações periódicas ou prorrogações de vencimento, acrescentar: "nos termos da cláusula Forma de Pagamento abaixo" ou "nos termos da cláusula Ajuste de Prorrogação abaixo".

III - Nome do credor e a cláusula à ordem.

IV - Valor do crédito deferido, lançado em algarismos e por extenso, com indicação da finalidade ruralista a que se destina o financiamento concedido e a forma de sua utilização.

V - Taxa dos juros a pagar e da comissão de fiscalização se houver, e tempo de seu pagamento.

VI - Praça do pagamento.

VII - Data e lugar da emissão.

VIII - assinatura do emitente ou de representante com poderes especiais, admitida a assinatura sob a forma eletrônica, desde que garantida a identificação inequívoca de seu signatário." (BRASIL, 1967)

#### 4.6. NOTA PROMISSÓRIA RURAL

A Nota Promissória Rural, classifica-se como título civil, uma espécie do gênero Nota Promissória, utilizado nas vendas a prazo de bens agrícolas, extrativo ou pastoril. É um título que consiste em uma promessa de pagamento a prazo do valor da compra, ou entrega de um bem agrícola, com a função de ensejar contratos de compra e venda na cadeia agroindustrial.

Podendo a Nota Promissória Rural ser utilizada nas situações dispostas no art. 42 do Decreto-lei nº 167/1967: "Nas vendas a prazo de bens de natureza agrícola, extrativa ou pastoril, quando efetuadas diretamente por produtores rurais ou por suas cooperativas; nos recebimentos, pelas cooperativas, de produtos da mesma natureza entregues pelos seus cooperados, e nas entregas de bens de produção ou de consumo, feitas pelas cooperativas aos seus associados". Com instituição contendo os seguintes requisitos nos termos do art. 43 do Decreto-lei nº 167/1967:

I - Denominação "Nota Promissória Rural".

II - Data do pagamento.

III - Nome da pessoa ou entidade que vende ou entrega os bens e a qual deve ser paga, seguido da cláusula à ordem.

IV - Praça do pagamento.

V - Soma a pagar em dinheiro, lançada em algarismos e por extenso, que corresponderá ao preço dos produtos adquiridos ou recebidos ou no adiantamento por conta do preço dos produtos recebidos para venda.

VI - Indicação dos produtos objeto da compra e venda ou da entrega.

VII - Data e lugar da emissão.

VIII - assinatura do emitente ou de representante com poderes especiais, admitida a assinatura sob a forma eletrônica, desde que garantida a identificação inequívoca do signatário." (BRASIL, 1967)

#### 4.7. DUPLICATA RURAL

Assim como a Nota Promissória Rural, a Duplicata Rural, é um título utilizado nas vendas a prazo de produtos agrícolas por produtores rurais e suas cooperativas. Porém a Nota Promissória Rural é um título emitido pelo comprador no ato da venda, enquanto a Duplicata Rural é emitida pelo vendedor. Devendo conter os requisitos mencionados no art. 48 do Decreto-lei nº 167/1967:

"I - Denominação "Duplicata Rural".

II - Data do pagamento, ou a declaração de dar-se a tantos dias da data da apresentação ou de ser à vista.

III - Nome e domicílio do vendedor.

IV - Nome e domicílio do comprador.

V - Soma a pagar em dinheiro, lançada em algarismos e por extenso, que corresponderá ao preço dos produtos adquiridos.

VI - Praça do pagamento.

VII - Indicação dos produtos objeto da compra e venda.

VIII - Data e lugar da emissão.

IX - Cláusula à ordem.

X - Reconhecimento de sua exatidão e a obrigação de pagá-la, para ser firmada do próprio punho do comprador ou de representante com poderes especiais.

XI - assinatura do emitente ou de representante com poderes especiais, admitida a assinatura sob a forma eletrônica, desde que garantida a identificação inequívoca de seu signatário." (BRASIL, 1967)

#### 4.8. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO

A Cédula de Crédito Bancário, é um título de crédito que pode ser emitido por pessoa física ou jurídica, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operações de crédito, de qualquer modalidade, podendo ser emitida com ou sem garantia, real ou fidejussória cedularmente constituída, pelas instituições credoras integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Sendo um título executivo extrajudicial, que representa uma dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível. A CCR deve conter os seguintes

requisitos essenciais, em conformidade com art. 29 da Lei nº 10.931/2004:

"I - A denominação "Cédula de Crédito Bancário";

II - A promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível no seu vencimento ou, no caso de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário, a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, correspondente ao crédito utilizado;

III - A data e o lugar do pagamento da dívida e, no caso de pagamento parcelado, as datas e os valores de cada prestação, ou os critérios para essa determinação;

IV - O nome da instituição credora, podendo conter cláusula à ordem;

V - A data e o lugar de sua emissão; e

VI - A assinatura do emitente e, se for o caso, do terceiro garantidor da obrigação, ou de seus respectivos mandatários." (BRASIL, 2004)

Desse modo, conforme bem elucida Renato Buranello:

"Em consonância com a Carta Circular n. 3.203, de 30 de agosto de 2005, do Bacen, que trata da formalização de operações de crédito rural, a qual, tendo em vista o disposto na Lei nº 10.931/2004, esclarece que a Cédula De Crédito Bancário pode ser utilizada na formalização de operações de crédito rural de que trata o MCR."<sup>115</sup>

Portanto, passando então a integrar o MCR como instrumento apto a contratar crédito rural, e, portanto, um verdadeiro alicerce para as instituições financeiras. Pois trata-se de uma verdadeira Cédula "coringa", uma vez que além de ser permitida em quaisquer modalidades de financiamento bancário, admite-se uma gama de garantias, como é o caso da alienação fiduciária, modalidade de garantia que não é vinculada nos títulos anteriormente mencionados, uma vez que é inadmissível em Cédulas de Crédito Rural, nos termos do MCR 3-1-4.

### 5 A LEI DO AGRO, O PATRIMÔNIO RURAL EM AFETAÇÃO E A CÉDULA IMOBILIÁRIA RURAL

A Lei do agro (Lei nº 13.986/2020) foi introduzida no ordenamento jurídico com o objetivo de captar mais recursos para a cadeia produtiva do agronegócio, modernizando o crédito rural e o elevando à categoria de "agro digital", trazendo a emissão, o depósito, a escrituração e as assinaturas eletrônicas ao financiamento do agronegócio, com novas modalidades de garantia, modificações em diversas leis e a criação

<sup>115</sup> BURANELLO, Renato. Manual de Direito do Agronegócio. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.193.

de um novo título de crédito, a Cédula Imobiliária Rural (CIR), possibilitando acesso desburocratizado e taxas de juros atrativas ao crédito rural.<sup>116</sup>

Enquanto as mudanças trazidas na CPR, o título de crédito mais utilizado no financiamento do agronegócio brasileiro, sendo atualmente um instrumento voltado para o financiamento privado, possibilitou diversificar as opções de financiamento dos produtores agrícolas, provocando um processo de desintermediação bancária no financiamento do setor, o que contribuiu para o fortalecimento dos Complexos Agroindustriais do País, em especial, o segmento de grãos, o que conseqüentemente ocasionou em aumento de liquidez e maior atração de investidores institucionais.<sup>117</sup>

Com o aprimoramento do Crédito Rural, possibilitou-se facilitar sua contratação, o que em contrapartida demandou garantias mais robustas, com um procedimento executório mais célere, garantindo aos credores/investidores do setor maior segurança jurídica quanto ao recebimento do valor aplicado. Destruindo assim, o Crédito Rural, e conseqüentemente com a aplicação dessas garantias também na CPR, possibilitou-se uma maior captação de recursos do financiamento privado, com vistas a atrair capital estrangeiro em algumas modalidades, uma tendência de transição do mercado que vem se mostrando necessária nos últimos anos, uma vez que o SNCR sozinho não se mostra suficiente para atender toda a necessidade de investimento do setor. Pois com um mercado externo cada vez mais competitivo e exigente, existe a necessidade de uma grande alavancagem de recursos para que Brasil assuma o protagonismo na produção mundial de alimentos.

Dentre as novidades trazidas na Lei do Agro, merece destaque a Cédula Imobiliária Rural e o Patrimônio Rural em Afetação, que serão dispostos a seguir.

### 5.1. O PATRIMÔNIO RURAL EM AFETAÇÃO (PRA)

O Patrimônio Rural em Afetação, consiste em uma nova modalidade de garantia, onde o proprietário do imóvel rural, pessoa natural ou jurídica, detém a possibilidade de submeter seu imóvel ou parcela dele ao regime de afetação, este que possibilita, o terreno, as acessões e benfeitorias, exceto as lavouras, os bens móveis e os semoventes, constituir PRA, sendo esta modalidade vinculada a uma CPR ou a uma CIR em operações financeiras, conforme dispõe a Lei nº 13.986/2020 que o instituiu.

<sup>116</sup> Cf. REIS, Marcus. Crédito Rural: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 251.

<sup>117</sup> Cf. REIS, Marcus. Crédito Rural: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 103.

<sup>118</sup> Cf. REIS, Marcus. Crédito Rural: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 508 e 509.

Outro ponto que merece destaque, é o que delimita o art. 10º, §2º da mesma lei, que trata da inalienabilidade do imóvel afetado, pois enquanto estiver sujeito ao regime de afetação, mesmo que de modo parcial, não poderá ser objeto de compra e venda, doação, parcelamento ou qualquer outro meio translativo de propriedade por iniciativa do proprietário. Importante ainda suscitar que o bem que constituiu PRA não poderá ser utilizado para realizar ou garantir o cumprimento de qualquer outra obrigação assumida pelo proprietário, se tornando impenhorável e não podendo ser objeto de constrição judicial.

Ainda conforme disposto na Lei nº 13.986/2020, o imóvel em regime de afetação não é atingido pelos efeitos da decretação de falência, insolvência civil ou recuperação judicial do proprietário do bem imóvel afetado, não se aplicando às obrigações trabalhistas, previdenciárias e fiscais do proprietário.

Observa-se que o PRA possui um grande diferencial, pois possibilita fracionar um imóvel, sem a necessidade constituir sua totalidade como garantia real, como ocorre na hipoteca ou na alienação fiduciária, sendo ainda, uma modalidade de garantia extremamente robusta a fim de satisfazer o adimplemento junto ao credor.

Desse modo, observa-se que o instituto se assemelha à alienação fiduciária, uma vez que inadimplido o crédito, não demanda intervenção judicial para consolidação da propriedade pelo credor. Consistindo o principal diferencial na possibilidade de o produtor/proprietário dispor apenas de parcela do seu imóvel rural, e não de sua totalidade, como ocorre na alienação. Por outro lado, espera-se com isso que o bem afetado seja proporcional ao valor da dívida.<sup>118</sup>

### 5.2. CÉDULA IMOBILIÁRIA RURAL (CIR)

Anteriormente a CIR, o produtor rural, ao contrair um financiamento ou um empréstimo, via-se obrigado, em suma maioria das vezes, ofertar em garantia um imóvel rural com valor superior ao do próprio financiamento por ele garantido.<sup>119</sup>

Desse modo, o produtor rural, passava a carecer de novos financiamentos, uma vez seu patrimônio encontrava-se travado em empréstimos anteriores. Sendo frequente a necessidade de refinanciamento e renegociação em razão de quebras de safra ou outros motivos corriqueiros ao mundo do agro, e mesmo ao pagar parcialmente uma dívida, o produtor só conseguia liberar a garantia de maneira completa após a quitação total.<sup>120</sup>

<sup>119</sup> Cf. REIS, Marcus. Crédito Rural: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 251.

<sup>120</sup> REIS, Marcus. Crédito Rural: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 252.

A partir desse cenário, surgiu a CIR para solucionar essa problemática, permitindo juntamente com a CPR, a garantia do patrimônio rural em afetação, que possibilita ao produtor/proprietário fracionar seus imóveis rurais, atendendo cada fração ao tamanho correspondente do financiamento. Desse modo, o produtor/proprietário consegue planejar e dividir de maneira adequada, em uma mesma matrícula imobiliária, diversos financiamentos que não se comunicam entre si, seja em razão dos valores e vencimentos, ou até mesmo da necessidade de prorrogação, solucionando esses pontos que até então eram desconfortáveis ao crédito rural.<sup>121</sup>

Sendo a Cédula Imobiliária Rural, um título de crédito nominativo, transferível e de livre negociação, representativo de uma promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operações de crédito de qualquer modalidade, podendo ser emitida por proprietário de imóvel rural, pessoa natural ou jurídica, que houver constituído patrimônio rural em afetação. Consistindo também em uma obrigação de entregar em favor do credor, bem imóvel rural, ou sua fração, vinculado ao patrimônio rural em afetação, nas hipóteses em que não houver ocorrido o pagamento da operação até a data de vencimento.

Por fim, conforme dispõe o art. 21. da Lei nº 13.986/2020, "a CIR, é um título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, correspondente ao valor nela indicado ou ao saldo devedor da operação de crédito que representa".

Contendo os seguintes requisitos necessários para sua instrumentalização, nos termos do art. 22 da mesma lei:

I - A denominação "Cédula Imobiliária Rural";

II - A assinatura do emitente;

III - O nome do credor, permitida a cláusula de ordem;

IV - A data e o local da emissão;

V - A promessa do emitente de pagar o valor da CIR em dinheiro, certo, líquido e exigível no seu vencimento;

VI - A data e o local do pagamento da dívida e, na hipótese de pagamento parcelado, as datas e os valores de cada prestação;

VII - A data de vencimento;

VIII - A identificação do patrimônio rural em afetação, ou de sua parte, correspondente à garantia oferecida na CIR; e

IX - A autorização irrevogável para que o oficial de registro de imóveis processe, em favor do credor, o registro de transmissão da propriedade do

imóvel rural, ou da fração, constituinte do patrimônio rural em afetação vinculado à CIR, de acordo com o disposto no art. 28 desta Lei." (grifo nosso) (BRASIL, 2020)

Tem-se ainda a possibilidade do vencimento antecipado da CIR, independentemente de aviso ou interpelação judicial ou extrajudicial, quando descumprida a obrigação de preservação do patrimônio rural em afetação, ou nos casos de insolvência civil, falência ou recuperação judicial do emitente, ou ainda quando for constatada prática comprovada de desvio dos bens e administração ruinosa do imóvel afetado vinculada a CIR.

Conforme determina o art. 28. da Lei nº 13.986/2020, uma vez vencida a CIR e não liquidado o crédito que ela representa, o credor poderá exercer de imediato o direito à transferência, para sua titularidade, do registro da propriedade da área rural que constituiu o patrimônio rural em afetação, ou de sua fração, vinculado a CIR no cartório de registro de imóveis correspondentes.

### 5.3. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Conforme bem define Melhim Namem Chalhub, a fidúcia enquanto garantia, exerce função correspondente às garantias reais em geral, sendo, porém, dotada de mais eficácia, pois, enquanto nos contratos de garantias em geral, como a hipoteca, o devedor grava um bem ou direito para garantia, mas o mantendo em seu patrimônio, já na fidúcia, difere-se, pois o devedor transmite ao credor a propriedade ou titularidade do bem ou direito, que, então, permanecerá no patrimônio do credor como propriedade-fiduciária, até que seja satisfeito o crédito.<sup>122</sup>

### 5.4. FIDÚCIA E NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

A fidúcia originou-se a partir do direito romano, na Lei das Doze Tábuas, onde conforme disciplinava a sexta tábua, se alguém empenhava alguma coisa em presença de testemunhas, firmava-se uma convenção com força de lei.<sup>123</sup>

Conforme exprime Arnaldo Rizzardo, dentre as três espécies no antigo direito romano, registradas por Paulo Restiffe Neto, destaca-se a fidúcia cum creditore, onde o devedor, por força de um contrato, transferia a propriedade da coisa ao credor, a fim de garantir o pagamento de uma dívida, ficando comprometido o credor a retransmitir a propriedade ao devedor após o recebido do que lhe era devido.<sup>124</sup>

<sup>121</sup> REIS, Marcus. Crédito Rural: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 252.

<sup>122</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 38.

<sup>123</sup> Cf. RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1273.

<sup>124</sup> Cf. RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1273.

Do mesmo modo, menciona Melhim Namem Chalhub, conforme define Gaio, a fidúcia seria como uma *mancipatio pactuada* com a obrigação do adquirente de *remancipare*, indicando que a mesma se fazia pela *mancipatio* ou pela *in iure cessio*. Sendo a fidúcia cum *creditor*, uma modalidade com conteúdo *assecuratório*, uma garantia ao credor, pois nessa modalidade, o devedor vendia o bem ao credor sob condição de reaver o bem se, dentro do prazo estabelecido, liquida-se a dívida.<sup>125</sup>

Portanto, tratava-se de um ato solene, mediante um *pactum conventum*, tendo o fiduciário o direito de dispor da coisa, na posição de proprietário pleno, devendo restituí-la ao fiduciante, caso este salda-se a dívida, e caso o mesmo não efetuasse o pagamento dentro do prazo estipulado, possuía o fiduciário o direito de vender a coisa para dispor do seu crédito, sem concorrência de demais credores do fiduciante, cabendo ao fiduciante exigir o valor excedente se houvesse.

Desse modo, fica constatada, a essencialidade da boa-fé diante do pacto fiduciário. Sendo, portanto, a fidúcia, um acordo de boa-fé, onde o fiduciante transferia ao fiduciário um direito propriedade resolúvel, condicionado a um pagamento. Tendo a fidúcia, dois requisitos, a entrega da coisa ao fiduciário e o acordo de vontade, o qual obrigava o fiduciário a restituir a coisa ou lhe dar determinada destinação pactuada.

Conforme síntese do instituto dada por Otto de Souza Lima, como "a convenção pela qual aquele que recebeu uma coisa ou um direito, pela *mancipatio* ou pela *in iure cessio*, se obriga à restituição, quando satisfeito o fim ou preenchida a destinação".<sup>126</sup>

Enquanto os termos *mancipatio* e *in iure cessio*, Arnaldo Rizzardo, define como "dois modos solenes ou formais presentes no direito romano, de translação do domínio adquirido. Sendo seu efeito, a transferência da plena titularidade do direito, ou da propriedade".<sup>127</sup>

Já o negócio fiduciário, consiste no negócio jurídico em que o fiduciante transmite a titularidade de um direito ou a propriedade de uma coisa ao fiduciário, este ficando obrigado a lhe dar determinada destinação, e uma vez cumprido o encargo, retransmitir a coisa ou o direito ao fiduciante, ou aquele que o mesmo indicar no pacto fiduciário. Portanto, o negócio fiduciário pode ser sintetizado, pelo próprio significado

da fidúcia, estando vinculada em uma relação negocial.<sup>128</sup>

Nesse mesmo sentido, define Pontes de Miranda<sup>129</sup>:

"sempre que a transmissão tenha um fim que não seja a transmissão da mesma, de modo que ela sirva a negócio jurídico que não venha a ser de alienação àquele a quem se transmite, diz-se que há fidúcia, ou negócio fiduciário".

Ademais, atenta Tullio que Ascarelli que o objetivo fim das partes não corresponde ao fim típico do negócio fiduciário. Pois sua principal característica se encontra no fato de obrigar uma transmissão de propriedade, onde ainda introduz o seu efeito de direito real, parcialmente neutralizado por uma convenção entre as partes em virtude da qual o adquirente pode fazer proveito da propriedade que adquiriu, apenas para o fim firmado entre as partes, sendo obrigado devolvê-la desde que o fim seja preenchido. Enquanto os efeitos do direito real, isoladamente considerados e decorrentes do negócio adotado, ultrapassam as intenções das partes, pois as convenções obrigacionais objetivam reestabelecer o equilíbrio, assim possibilitando o uso da transferência da propriedade para fins de garantia, de mandato, de depósito. Posto isso, nota-se que em alguns casos de negócio fiduciário, a transmissão da propriedade é utilizada pelas partes, não com a finalidade de troca, mas sim de garantia.<sup>130</sup>

No Brasil, o negócio fiduciário é admitido pela doutrina e pela jurisprudência, por outro lado, no direito positivo, não é contemplado uma regulamentação sistêmica da matéria, mas apenas normas legais de forma isolado em algumas situações específicas. Reconhecendo a jurisprudência apenas os negócios fiduciários propriamente ditos, fundando-se na liberdade contratual e na autonomia da vontade, pois desde que negócios jurídicos inominados não afrontem o ordenamento jurídico, a ordem pública ou moral, são válidos e eficazes.<sup>131</sup>

## 5.5. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL EM GARANTIA E O PATRIMÔNIO RURAL EM AFETAÇÃO

<sup>125</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 40.

<sup>126</sup> Cf. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1274.

<sup>127</sup> Cf. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1274.

<sup>128</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 65.

<sup>129</sup> (1954, p. 123, apud RIZZARDO, 2019, p. 1274)

<sup>130</sup> (1945, p. 106, apud RIZZARDO, p.1275)

<sup>131</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 94.

## ENQUANTO FERRAMENTAS DE FOMENTO DA CADEIA AGROINDUSTRIAL

O instituto da alienação fiduciária sobre bens imóveis foi introduzido no ordenamento jurídico através da Lei nº 9.514/1997, para estimular o financiamento imobiliário e demais operações de crédito com garantia imobiliária, pois tratava-se de um mecanismo mais ágil, eficiente e seguro para os investidores do setor imobiliário, uma vez que permitia a recomposição da mora de forma célere quando comparado as demais modalidades de garantia já conhecidas pelo mercado financeiro.

Deste modo, o conceito de alienação fiduciária de bem imóvel em garantia, sintetiza-se como o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la tão logo venha a ocorrer o acontecimento a que se subordinara tal obrigação, ou tenha solicitado a restituição. Portanto, se trata de um negócio fiduciário de garantia, onde o devedor transfere para o credor a propriedade de uma coisa, imóvel. Em conformidade com a definição dada pelo art. 22 da Lei nº 9.514/1997, que define o instituto da alienação fiduciária como o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

Enquanto essa propriedade se constitui mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título, nos termos do art. 23 da lei que o instituiu, obedecendo os requisitos do contrato presentes no art. 24 da mesma lei para ter eficácia plena, e com isso gerando efeitos reais de garantia.

Sendo assim, tal instituto é um direito real de garantia em que o devedor, proprietário de um bem imóvel, aliena fiduciariamente ao credor, tornando-se então depositário e possuidor direto, enquanto o credor, possuidor indireto e com domínio resolúvel, tenha garantido o seu crédito, podendo vender o imóvel no caso de inadimplência do devedor, ou na hipótese de saldada a dívida, ficando obrigado a transferir o bem ao devedor.

Pois trata-se de uma propriedade resolúvel, ocorrendo o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se a propriedade fiduciária do imóvel, conforme determina o art. 25 da Lei nº 9.514/1997. Dispondo o fiduciário, de um prazo de trinta dias da liquidação da dívida, para fornecer o respectivo termo de quitação ao fiduciante, este à vista do oficial competente Registro de Imóveis efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária.

Ademais, determina o art. 26 a 27 da referida lei, que vencida a dívida e não paga, consolida-se a propriedade no nome do fiduciário, podendo este proceder com a execução extrajudicial do imóvel,

atendendo, portanto, a satisfação do crédito com a celeridade desejada pelo mercado financeiro.

Do mesmo modo, o Patrimônio Rural em Afetação, institucionalizado pela Lei nº 13.986/2020, parte da premissa de fomento da atividade agrária e do setor agroindustrial, seja através do financiamento agrícola exercido por meio da CIR, ou pelos mais diversos negócios jurídicos realizados dentro da cadeia do agronegócio, através da CPR. Sendo o PRA, modalidade que ganha destaque, já que possibilita fracionar uma mesma área para constituir diversas garantias.

Portanto ganha um espaço importante dentro do setor agroindustrial, uma vez que apresenta maior segurança jurídica, celeridade, e transparência para os que compõem o setor, uma vez que segue o mesmo rito de execução presente na alienação fiduciária, mas sem a necessidade de compor gravame de ônus real sob a totalidade do imóvel.

Observa-se então que essas modalidades de garantia, por serem mais robustas e céleres, quando comparada as outras modalidades presentes, como a hipoteca, atendendo, portanto, as necessidades do mercado financeiro do setor agroindustrial e das instituições financeiras componentes do SNCR, e embora não sendo admitida a alienação fiduciária nas cédulas de crédito rural, poderiam utilizar-se do instituto como garantia atrelada as cédulas de crédito bancário para financiar a atividade agrária.

O que conseqüentemente vem atraindo a atenção do SNCR, pois com essas modalidades de garantia com mais segurança jurídica, agilidade e eficiência, passa a ter preferência para os credores do agro, fomentando assim a concessão de custeio, investimento, comercialização ou industrialização do setor, bem como possibilitando a incidência de juros e encargos mais atrativos, e conseqüentemente facilitando o acesso ao crédito.

## 6 CONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE BENS IMÓVEIS (ALIAÇÃO FIDUCIÁRIA, PATRIMÔNIO RURAL EM AFETAÇÃO)

### 6.1. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL

Uma vez vencida e não saldada a dívida, estabelece o art. 1364 do CC, que "fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor". Em conformidade com o que exprime o art. 26 da Lei nº 9.514/1997, que constitui em mora o devedor, quando vencida e não paga a dívida, consolidando a propriedade no credor automaticamente.

Portanto, a execução extrajudicial do bem imóvel alienado fiduciariamente, prossegue independentemente da vontade do devedor, pois opera-se por sub-rogação, viabilizando a expropriação do imóvel, o qual se perfez a obrigação executiva. Desde que notificado o devedor para adimplir sua dívida no prazo de quinze dias, nos termos em que determina ao art. 26 §1º, porém não afastando a mora, essa uma vez já consolidada, tendo, portanto, a mera função de dar ciência aos efeitos decorrentes do inadimplemento.

Tendo ainda, como outro requisito necessário, para consolidar a propriedade ao credor, a demonstração do inadimplemento, para que assim, o devedor possa purgar a mora. E não havendo a purgação pelo devedor, formaliza-se a consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário, por meio da averbação na matrícula do imóvel pelo Cartório do Registro de Imóveis competente.

Conforme acentua o art. 27, da Lei nº 9.514/1997, uma vez consolidada a propriedade em favor do credor, este pode prosseguir no prazo de trinta dias, contados da data do registro, com o primeiro leilão para alienação do imóvel, podendo ser arrematado por valor igual ou superior da avaliação estipulada no contrato, observados os requisitos mencionados no art. 24 da mesma lei. Sendo o maior lance inferior ao valor estipulado no contrato, em quinze dias será realizado o segundo leilão, onde basta que o maior valor oferecido, seja suficiente para saldar a dívida, as despesas, os prêmios de seguro, os encargos legais, tributos, e as contribuições condominiais. Entendendo-se, conforme exprime o art. 27, §3º:

I - dívida: o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais;

II - despesas: a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e as necessárias à realização do público leilão, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro."

Ademais, sendo arrematado o imóvel por um valor superior à dívida, deverá o credor entregar valor que sobejar, dentro do prazo de cinco dias. De outro modo, se no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor da dívida, considera-se extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação da

devolução de valores sobejados, até porque, esses não existem na determinada situação.

Firmando-se assim, a faculdade do credor de operar com a venda extrajudicial para a obtenção de seu crédito, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer medida judicial, salvo disposição em contrário estabelecidas pelas partes. Ainda assim, é necessário a comunicação ao devedor, para que esse possa exercer o seu direito de defesa, conforme entendimento do STJ: "Deverá o devedor, ser previamente comunicado das condições da alienação para que possa exercer a defesa de seus interesses" (Resp. nº 327.291-RS, da 3ª Turma, j. em 20.9.2001, DJU de 08.10.2001).<sup>132</sup>

Evidencia-se então que na venda extrajudicial, conforme os dispositivos citados anteriormente, caso haja valor apurado superveniente à dívida, que esse seja entregue ao devedor. Porém o que ocorre que no mundo prático, por maior que sejam as parcelas satisfeitas, as financeiras nunca chegam a um saldo favorável para ao devedor, e sim o contrário, sempre restando um montante exacerbado e exigido do devedor, uma vez que os encargos embutidos nos contratos, são exageradamente altos, especialmente em relação aos juros, cuja taxa se encontram em um patamar superior a 12% ao ano, com base na capitalização diária e mensal. E caso não ocorra o pagamento das prestações, não raras vezes, os juros e outras despesas atingem patamares que ultrapassam até mesmo o valor obtido na venda extrajudicial.<sup>133</sup>

Sendo assim, embora o financiamento de crédito rural possua condições de juros especiais derivado de políticas públicas, não é distante dessa mesma realidade, uma vez que as financeiras costumam utilizar-se da alienação fiduciária em uma operação de desvirtuamento do crédito rural, através de uma renegociação de dívida, convertendo então, uma cédula de crédito rural com juros e encargos especiais emitidos pelo PAP, para uma cédula de crédito bancário, onde se admite a utilização do instituto, e condições de juros que não são de crédito rural, elevando a dívida a patamares ainda maiores, e uma vez não liquidada, optam pela venda extrajudicial, por ser mais célere, o que conseqüentemente, leva o imóvel a ser leiloado por um montante abaixo do seu valor de mercado, não alcançando muitas vezes o valor almejada para saldar a dívida.

<sup>132</sup> Trata-se de entendimento do Superior Tribunal de Justiça firmado na Súmula nº 245: "A notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito". Contudo, no que concerne à venda extrajudicial, há precedentes no sentido de que o devedor deverá ser previamente comunicado das condições da alienação para que possa exercer a defesa de seus interesses (Resp. no 327.291-RS, 3a

T., rel. min. Nancy Andrighi, j. 20.09.2001, v.u., DJU 08.10.2001, p. 214), ou, caso efetuada a venda do bem pelo credor, terá o devedor o direito a prestação de contas (Resp. no 67.295-RO, 3a T., rel. min. Eduardo Ribeiro, j. 26.08.1996, v.u., DJU 07.10.1996, p. 37.638).

<sup>133</sup> Cf. RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1295.



Deste modo, observa-se que o rito do procedimento de execução extrajudicial é realizado por agentes que não integram o Poder Judiciário, inerente ao modelo de execução previsto no ordenamento pátrio, observados, porém, os requisitos de intimação e demonstrativo da dívida, com discriminação dos valores a serem pagos e os prazos estabelecidos.

## 6.2 A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E O PATRIMÔNIO RURAL EM AFETAÇÃO FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Conforme exposto anteriormente, os procedimentos que constituem a garantia fiduciária provem da Lei nº 9.514/1997, dentre eles, os mecanismos de comprovação da mora, a consolidação da propriedade em favor do fiduciário, o leilão extrajudicial, ou a reversão da propriedade ao fiduciante, sendo exercidos pelo Cartório de Registro de Imóveis competente, enquanto a reintegração da posse do imóvel se procede perante juízo.

Bem como os procedimentos constituintes do patrimônio rural em afetação presente na Lei nº 13.986/2020, em que uma vez vencida a CIR que constituiu o patrimônio rural em afetação e não líquido o crédito, o credor prosseguirá com a transferência do imóvel afetado para sua titularidade perante o cartório de registro de imóveis que constituiu a CIR, bem como o desmembramento da área afetada em relação a área total do imóvel rural, estabelecendo a matrícula própria correspondente, sendo realizada de ofício pelo oficial de registro de imóveis. Ademais, conforme determina art. 28, § 2º e 3º, da Lei nº 13.986/2020, vencida a CIR e não liquidado o crédito, aplica-se no que couber os arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/1997, portanto, seguindo o mesmo rito da alienação fiduciária para satisfação do crédito, respeitado, porém o que dispões o § 3º, onde determina que no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor da dívida, somado ao das despesas, dos prêmios de seguro e dos encargos legais, incluídos os tributos, o credor poderá cobrar do devedor, por via executiva, o valor remanescente de seu crédito, sem nenhum direito de retenção ou indenização sobre o imóvel alienado.

Posto isso, evidencia-se a necessidade de apreciação dos procedimentos extrajudiciais adotados no rito da alienação fiduciária (Lei nº 9.514/1997) e do patrimônio rural em afetação (Lei nº 13.986/2020), uma vez que o procedimento extrajudicial de consolidação da propriedade e leilão é matéria de discussão no Recurso Extraordinário 860.631-SP em decorrência do que estabelece a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, incisos XXXV, LIV, e LV, onde efetiva os princípios, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, e da inafastabilidade da jurisdição, o que

polariza a doutrina à respeito da constitucionalidade dos procedimentos extrajudiciais adotados.

## 6.3 DEVIDO PROCESSO LEGAL

Importando assim, o efetivo exame das normas que regulamentam os procedimentos extrajudiciais à luz do princípio do devido processo legal, incurso no art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal, segundo os quais a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão, impedindo que alguém seja privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e assegurando o contraditório e a ampla defesa.<sup>134</sup>

Esses incisos distintos se assentam em uma mesma e única base, a do devido processo legal, este presente desde as constituições anteriores, garantindo o direito de ação e reservando ao Poder Judiciário a apreciação de qualquer lesão ou ameaça de lesão de direito. Deste modo, consideram-se os três princípios um conjunto, pois são indissolúvelmente articulados entre si, de tal moda que a afronta a um deles sempre repercute de algum modo nos demais.

Sendo assim, quando um determinado procedimento restringe o campo da defesa, não admitindo a cognição ao juiz de todas as questões, conforme observa Luiz Guilherme Marinoni "se alguma questão pertinente a um caso conflitivo não pôde ser conhecida em razão da limitação da cognição, deve estar aberta, obrigatoriamente, outra oportunidade para o seu debate".

Do mesmo modo, não obstante alguns procedimentos limitem a cognição do juiz, há de ser inconstitucional nas hipóteses que impossibilitem a efetiva tutela jurisdicional, conforme menciona Melhim Namem Chalhub:

"[...] os procedimentos que limitam a defesa, obrigando à propositura de ação inversa, devem estar em consonância com as necessidades do direito substancial e de acordo com os valores da Constituição. Ou seja, a limitação do direito à cognição do conflito de interesses somente pode acontecer em razão de exigências do direito material e da realidade posta pela Constituição".<sup>135</sup>

Nesse sentido, importante salientar que a decisão que reconhece a repercussão geral do RE

<sup>134</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 563.

<sup>135</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 563.

860.631-SP ressalta que, embora a Lei nº 9.514/1997 disponha sobre procedimento extrajudicial, seu objeto é a alienação fiduciária em garantia, que "não guarda identidade com a tratada no RE 627.106 – Tema 249 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal", cujo objeto é a execução hipotecária regulada pelo Decreto-lei nº 70/1966; não obstante, reconhece que a questão relacionada à execução de crédito com garantia fiduciária também "apresenta densidade constitucional e transcende os interesses subjetivos das partes, sendo relevante do ponto de vista econômico, jurídico e social para milhões de mutuários do Sistema Financeiro Imobiliário".<sup>136</sup>

Sendo de grande valia a distinção entre a hipoteca e a alienação fiduciária, uma vez que embora integrem a categoria dos direitos reais de garantia, a hipoteca e a alienação fiduciária distinguem-se substancialmente no modo constituição e de execução do crédito.

Pois na hipoteca o devedor onera seu imóvel, mas não admitindo da propriedade, portanto, conservando seu patrimônio, respaldado de todo o feixe de direitos subjetivos que a caracteriza.

Enquanto a alienação fiduciária se caracteriza como negócio jurídico de transmissão condicional, conforme exprime os arts. 125 e seguintes do Código Civil, bem como o art. 22 da Lei nº 9.514/1997, onde o devedor fiduciante transmitente se demite da propriedade e a transfere ao adquirente, credor fiduciário, em caráter resolúvel, o que o torna sob condição suspensiva, titular do direito aquisitivo.<sup>137</sup>

Sendo assim, enquanto permanecer a condição suspensiva, o devedor fiduciante tem direito expectativo à aquisição da propriedade, sendo esta efetivada nos termos do art. 25 da Lei nº 9.514/1997, onde determina que o pagamento da dívida importa na resolução na resolução da propriedade fiduciária e, ipso facto, na reversão da propriedade plena ao devedor fiduciante.<sup>138</sup>

Por outro lado, caso o devedor deixe de pagar, se procederá com à intimação do devedor fiduciante através do Registro de Imóveis ou de outros meios indicados pela lei, para que purgue a mora, importando a purgação da mora no convalescimento do contrato, já a não purgação caracteriza o inadimplemento absoluto da obrigação garantida, o que conseqüentemente resulta na consolidação da propriedade no credor, mediante averbação no Registro de Imóveis, nos termos do art. 26 e parágrafos, da Lei nº 9.514/1997.

Determinando o art. 27 e seus parágrafos, que o credor, no prazo máximo de trinta dias após a

consolidação, deverá ofertar o imóvel à venda, por meio de leilão, e entregando ao devedor o quantum que sobejar, se houver. Ademais, se, no leilão não se alcançar o valor da dívida, o credor dará a quitação ao devedor, exonerando-o do pagamento de eventual resíduo, condição que não é estendida a CIR caso vencida e satisfeita mediante leilão, correndo a execução em relação ao saldo remanescente, nos termos do art. 28, § 2º e 3º, da Lei nº 13.986/2020.

Desse modo, conforme exprime Melhim Namem Chalhub, o exame da compatibilidade entre as normas procedimentais de consolidação da propriedade e de leilão e a garantia do devido processo legal recomendam que se tenha presente a natureza do direito material em questão, se atentando para distinção entre o direito real de propriedade fiduciária em garantia e a os demais direitos reais de garantia. Uma vez que alienação fiduciária, se caracteriza como negócio jurídico de transmissão condicional, pois enquanto não se verificar a condição suspensiva, permanece em suspenso a sua incorporação ao patrimônio do titular, na categoria de uma expectativa de direito, ou de um direito meramente virtual. Pois o negócio condicional está constituído, mas o direito não é adquirido.<sup>139</sup>

#### 6.4 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL

Tais meios especiais de realização de garantias objetivam dispor ao ordenamento jurídico, mecanismos capazes de propiciar a rápida recomposição da mora, em prazos compatíveis com as necessidades de manutenção do fluxo de retorno dos empréstimos, com vistas ao interesse coletivo de permanente oferta de crédito, uma vez que os meios tradicionais não se mostram capazes de atender o agronegócio brasileiro, pois apresentam graves desvantagens pelo custo e morosidade executiva.

Pois a oferta de crédito, é o elemento primordial para propulsar a produção agrícola, o que demanda mecanismos dotados de plena capacidade e eficácia célere para a recuperação dos créditos. Portanto, os mecanismos adotados pelas normas especiais se adequam a essa necessidade, o que harmoniza o interesse coletivos da oferta de crédito e da segurança alimentar com as garantias individuais emanadas da Constituição.

Por outro lado, independente da celeridade específica, reclamada no campo da atividade creditícia, a sociedade clama igualmente pela efetiva prestação

<sup>136</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 564.

<sup>137</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 564.

<sup>138</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 564.

<sup>139</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 566.

jurisdicional, no sentido que se procede a reformulação do Código de Processo Civil, a partir de 1994, objetivando a superação dos problemas advindos da sobrecarga do judiciário, da burocratização e, enfim, de tudo que posso dotar de morosidade no processo, do modo como adverte Ada Pellegrini Grinover, "a crise da justiça (...) com a sobrecarga dos tribunais, a morosidade do processo, a burocratização dos juizes, a complicação procedimental, corresponde, na verdade, à denegação da justiça".<sup>140</sup>

Oportuna portanto, a corrente doutrinária a que se refere o Ministro Ilmar Galvão, no voto proferido no RE 223075-DF, preconiza a execução de dívida ativa do Estado na esfera administrativa, na medida em que se reveste ela, na verdade, de atos de natureza meramente administrativa, reservando-se ao Judiciário tão somente a apreciação e o julgamento de impugnações, com o que estaria preservado o monopólio do Poder Judiciário. O mesmo se dá com a arbitragem, disciplinada pela Lei nº 9.307/1996, que, contemplando, embora, a solução de conflitos independente da intervenção do Judiciário, não fere o princípio do juiz natural, ficando sempre preservado o monopólio do Judiciário para apreciação de eventual lesão de direito.<sup>141</sup>

No mesmo sentido, conforme Melhim Namen Chalhub, o Professor Arruda Alvim reconhece a necessidade de mecanismos plenamente eficazes para recomposição de situações de mora do devedor, como forma de garantir a manutenção dos sistemas de crédito, em benefício de toda coletividade. Contudo, atento à garantia constitucional de acesso ao Judiciário, chama a atenção para que a possibilidade de provimento antecipado da tutela atua em favor do devedor, o que torna efetiva a garantia constitucional.<sup>142</sup>

Conforme ainda menciona o referido Professor:

"Com a possibilidade de antecipação, parcial, ou mesmo total da tutela, não se pode negar que, mesmo praticamente, abriu-se caminho máximo e pronto/instantâneo de acesso ao Judiciário, tudo dependendo da iniciativa do interessado. Anote-se, ademais, que a antecipação de tutela, do art. 273, foi criada como instituto geral, aplicável a todas as

hipóteses. E, acrescente-se, ainda, que o art. 441, *mutatis mutandis*, para os casos de obrigação de fazer ou não fazer, disciplinou o assunto com os mesmos objetivos. Desta forma, pois, se houvesse algum resquício de fundamento, no sentido de que a alienação extrajudicial 'arranharia' o princípio do contraditório, esse se esvaneceu total e inteiramente. Esses textos, por excelência, colimam prevenir o dano, acima de tudo".<sup>143</sup>

Desse modo, Melhim Namen Chalhub esclarece que não resta dúvidas de que qualquer dos procedimentos extrajudiciais considerados, tais como as tutelas de urgência e de evidência dos arts. 294 e seguintes do Código de Processo Civil, podem, eventualmente, dar causa a lesão de Direito, inclusive pela mera inobservância de requisitos ou formalidades do procedimento e, nesse caso, abre-se ao interessado a possibilidade eventual, mas efetiva, de postular a intervenção judicial ou interpor os recursos cabíveis, se utilizando da garantia constitucional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A agricultura é um complexo bioeconômico, composto por aspectos de ordem pessoal, ecológica e institucional. Estes a conferem um caráter aleatório com inerência de risco e incerteza, fazendo jus à tutela estatal. Assim, a década de 1960 foi o marco para a história do direito agrário brasileiro, porquanto surgiram diversas legislações regrando a matéria.

O Estatuto da Terra – lei 4.505/64 – estabeleceu a política agrícola como um conjunto de providências para amparar a atividade agropecuária e garantir o emprego e a industrialização do país. O crédito rural é uma dessas providências de amparo. Funciona por intermédio de agentes bancários especializados que injetam recursos em atividades agrárias – seja no âmbito de custeio, investimento, comercialização ou industrialização (agroindustrialização) – e serve para auxiliar o produtor ou a empresa rural no desenvolvimento satisfatório de seu trabalho de acordo com a modalidade de financiamento e tempo de liberação. O recurso financeiro pode ser concedido tanto para pessoas

<sup>140</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namen. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 583.

<sup>141</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namen. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 583.

<sup>142</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namen. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 584.

<sup>143</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namen. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 584.

físicas quanto jurídicas, não sendo necessário que o beneficiário seja proprietário da área cultivada ou onde se desenvolve a atividade. O importante é que atue na exploração agrária, pecuária, extrativa ou afins.

Para administrar esse instrumento da política agrícola, a lei 4.595/64 impôs ao Conselho Monetário Nacional a competência para fixar as diretrizes do crédito rural e ao Banco Central do Brasil o dever de executá-las, além de gerenciar a atuação dos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Crédito Rural. Para cumprir sua designação, o Bacen elaborou o Manual de Crédito Rural, no qual estão reunidas as principais normas relacionadas aos financiamentos, investimentos, projetos e fixação do valor básico das safras.

Com a Lei 4.829/65, institucionalizando o crédito rural, o Decreto-Lei 167/67 e a Lei 13.986/2020 e o MCR, regulamentando as cédulas de crédito rural a serem utilizados no financiamento público do agronegócio, bem como as garantias aptas a serem fixadas em cada título, sendo elas: a) Cédula Rural Pignoratícia, com o penhor agrícola ou mercantil como modalidade de garantia; b) Cédula Rural Hipotecária, com hipoteca sobre um bem imóvel firmada; c) Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária, utilizando tanto do penhor agrícola ou mercantil, como uma hipoteca gravada; d) Nota de Crédito Rural, utilizando-se de uma garantia fidejussória, e não reais como as demais; e) Nota Promissória Rural, sendo uma promessa de pagamento, ou entrega de um produto agrícola; f) Duplicata Rural, título também utilizado nas vendas a prazo de produtos agrícolas como a nota promissória rural, mas emitido pelo vendedor; h) Cédula de Crédito Bancário, embora não regulamentado pelo Decreto-Lei 167/67, passou a integrar o MCR, que admite uma gama de garantias, como por exemplo, a alienação fiduciária; i) Cédula Imobiliária Rural, devendo estar vinculada ao Patrimônio Rural em Afetação.

Durante a exposição, foi abordado o contexto histórico do crédito rural no ordenamento jurídico brasileiro, sua estrutura, funcionamento, linhas de financiamento, beneficiários, concessão, encargos financeiros e possibilidades do financiamento público do agronegócio, bem como suas problemáticas, tecendo comentários sobre alguns temas polêmicos: i) venda casada, uma prática abusiva vedada, porém, muitas vezes utilizada por instituições financeiras; ii) prorrogação x renegociação do crédito rural, como demonstrado, institutos que diferem-se, devendo o advogado observar e ponderar quais dessas medidas atenderá de sobremaneira a expectativa do produtor rural cliente; iii) a (in)constitucionalidade da execução extrajudicial, mecanismo este que não contraria as normas elencadas na CRFB/88.

Portanto, depreende-se a importância do crédito rural para o país, existindo regramento especial para as operações bancárias desta natureza, com condições mais favoráveis ao produtor, em especial, quanto aos encargos financeiros aplicáveis aos contratos de mútuo, justamente para fomentar a atividade agrícola. Assim, incentiva o produtor rural a permanecer na labuta e enfrentar o risco e a incerteza inerentes à atividade, mas cujos resultados da produção convertem em benefício para toda a nação e cumprem o legado de alimentar a população.

Em contrapartida, tem-se a necessidade de garantias dotadas de segurança jurídica, para que investidores continuem apostando no agronegócio brasileiro, preferencialmente com métodos extrajudiciais, que dão a dinamicidade que o mercado exige. Observado que são inúmeros, os infortúnios e as intempéries que assolam o campo e fogem do controle do produtor rural, não cabendo ao investidor a assunção desses riscos, mas sim as políticas públicas que devem contornar essas situações, possibilitando ao produtor recobrar suas perdas e estabilizar-se novamente, como por exemplo, o instituto da prorrogação no crédito rural.

Desse modo, examinando a compatibilidade das normas procedimentais de consolidação da propriedade e de leilão frente a garantia do devido processo legal, conforme orienta Melhim Namem Chalhub, recomenda-se que tenha presente a natureza do direito material em questão, atentando-se para a distinção entre o direito real de propriedade fiduciária em garantia e a os demais direitos reais de garantia.<sup>144</sup>

Sendo a alienação fiduciária, caracterizada como negócio jurídico de transmissão condicional, onde o devedor fiduciante transmite ao credor fiduciário a propriedade resolúvel, de modo que enquanto não verificada a condição suspensiva, permanecerá suspensa a sua incorporação ao patrimônio do titular, portanto, uma mera expectativa de direito, pois embora o negócio condicional esteja constituído, o direito não é adquirido.

Do mesmo modo, no outro polo da relação fiduciária, a propriedade adquirida pelo credor fiduciário extinguir-se-á tão logo implementada a condição que independente de interpelação judicial, verificada a condição suspensiva, opera de pleno direito sobre o vínculo jurídico, valendo por si só e dispensando a intervenção do judiciário.<sup>145</sup>

Uma vez que se mostram complementares as condições suspensiva e resolutiva, conforme exemplifica Aderbal da Cunha Gonçalves "a todo proprietário sob condição suspensiva corresponde um proprietário sob condição resolutiva, e reciprocamente", de modo que pelo implemento da condição a que está subordinado o direito do devedor

<sup>144</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 566.

<sup>145</sup>Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 566.

fiduciante (cumprimento da obrigação garantida) de incorporar a propriedade ao seu patrimônio, simultaneamente, extinguindo a propriedade resolúvel do fiduciário, se ocorre a falha da condição (inadimplemento da obrigação garantida), irá se incorporar a propriedade ao patrimônio do fiduciário e simultaneamente extinguindo a expectativa de direito do devedor fiduciante. Portanto, sendo esses os efeitos normais da propriedade resolúvel, que operam independentemente de interpelação, em razão da regra *die interpellat pro homine*, quando se trate de obrigação a termo, operando-se a consolidação independente de intervenção judicial, nos termos dos arts. 1.359 e 1.360 do Código Civil.<sup>146</sup>

Enquanto em relação à alienação fiduciária de bens imóveis, os efeitos da condição se operam através do procedimento extrajudicial pelo qual o oficial do Registro de Imóveis averba a reversão da propriedade ao devedor fiduciante ou sua incorporação ao patrimônio do credor fiduciário fundado no procedimento estabelecido na lei nº 9.514/97, nos arts. 25 a 27, e uma vez sendo procedida essa averbação, o oficial nada mais faz do que constatar, certificar e anotar na matrícula do imóvel a ocorrência do evento que caracteriza o implemento ou a falha da condição.<sup>147</sup>

Conforme bem analisa Melhim Namem Chalhub, esse procedimento traduz, no plano do contrato de alienação fiduciária de bens imóveis, a regra geral do art. 474 do Código Civil, acrescida dos requisitos do prazo de tolerância e da abertura de prazo para purgação da mora estabelecidos pela Lei nº 9.514/1997, tendo como precedentes vários outros procedimentos extrajudiciais de resolução de pleno direito de contratos subordinados a condição, tais como os de compromisso de compra e venda de lotes de terreno, seguida de cancelamento do registro por ato do oficial do Registro de Imóveis competente, a promessa de venda de imóveis não loteados, e a promessa de venda de imóveis integrantes de incorporação imobiliária, seguida de leilão extrajudicial do imóvel do adquirente inadimplente realizado pelo incorporador ou pela comissão de representantes dos adquirentes. E em comum a esses procedimentos de resolução de pleno direito, independentemente de intervenção judicial, o direito positivo já regulamentava a perda da propriedade mediante procedimento extrajudicial de usucapião, e, ainda, mediante legitimação fundiária ou legitimação de posse, que investe o possuidor na

propriedade, entre outros procedimentos extrajudiciais de execução e expropriação de bens.<sup>148</sup>

Tratando-se de uma tendência do direito moderno em transferir para o âmbito administrativo, por meio de ato notarial ou registral, o cumprimento de resolução de diversos contratos e a desconstituição de situações jurídicas, que antes eram administradas pelo Poder Judiciário, o que conseqüentemente afasta a necessidade de intervenção judicial.

Humberto Theodoro Jr observa que “muitas medidas que no passado figuravam no rol dos procedimentos ditos de jurisdição voluntária têm migrado para a competência de órgãos administrativos, sem qualquer eiva de inconstitucionalidade”, onde cita, entre outros, o procedimento de resolução de pleno direito regulado pelos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/1997.<sup>149</sup>

Procedimentos que se alinham com a proposta do atual Código de Processo Civil, que exclui do rol dos procedimentos de jurisdição voluntária a extinção da propriedade fiduciária oriunda de fideicomisso, nos termos do art. 725, VI, do CPC, quando ocorrer antes do evento que caracterizar a condição resolutória. De modo que demonstra que uma vez verificada a condição resolutiva, incorpora-se a propriedade ao patrimônio do fideicomissário mediante simples averbação da ocorrência do evento pelo oficial do Registro de Imóveis, bastando para esse fim que lhe seja apresentado o respectivo documento comprobatório.<sup>150</sup>

O que é constatado também em relação ao implemento ou à falha da condição resolutiva a que está subordinada a garantia fiduciária de bens imóveis, onde os arts. 25 e 26 da Lei nº 9.514/1997 regulamentam procedimento de averbação no Registro de Imóveis. Sendo assim, a reversão da propriedade ao patrimônio do devedor fiduciante e sua consolidação no patrimônio do credor fiduciário são atos tipicamente registrais, de averbação da ocorrência do evento correspondente ao implemento ou à falha da condição estabelecida em lei, em plena conformidade com a natureza da transmissão condicional.

Portanto, não é demonstrado no procedimento de averbação qualquer inconstitucionalidade, não somente por não haver barreiras ao exercício do direito de ação do devedor fiduciante, mas, também, por ser possível no início do procedimento viabilizar a deflagração do contraditório a qualquer momento, desde a intimação para purgação da mora, presente no art. 26 da referida lei, do mesmo modo em que está assegurado o direito de ação em relação aos demais

<sup>146</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 567.

<sup>147</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 567.

<sup>148</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 567.

<sup>149</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 568.

<sup>150</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 568.

procedimentos que regulamentam a extinção do contrato por efeito da falha da condição ou até mesmo em caso de perda da propriedade por usucapião extrajudicial (Lei nº 6.015/1973, art. 216-A) e, ainda, a legitimação fundiária ou legitimação de posse (Lei nº 13.465/2017).<sup>151</sup>

Pois o processamento desses atos no Registro de Imóveis da situação do imóvel, se justifica pela própria natureza do negócio jurídico de transmissão condicional. Uma vez que a condição opera seus efeitos de pleno direito, pela simples ocorrência do evento que a caracteriza. Conforme dispõe o art. 26 e seus parágrafos da Lei nº 9.514/1997 em relação à propriedade fiduciária de bem imóvel decorrente de alienação fiduciária, no mesmo sentido que dispõe o art. 725, VI, do Código de Processo Civil, sobre o cancelamento da propriedade fiduciária constituída em fideicomisso, que também é processado no Registro de Imóveis mediante simples averbação do evento que caracteriza a condição.

Especificamente no caso da propriedade fiduciária em garantia, uma vez caracterizada a mora, o devedor fiduciante goza de prazo para purgar a mora e assegurar o convalhecimento do contrato e a preservação do seu direito aquisitivo. Pouco importando se o procedimento se desenvolve no plano administrativo, pois o devedor fiduciante é notificado para purgar a mora e no período que se inicia da data da intimação até a data da averbação da consolidação da propriedade, podendo assim, evitar a expropriação do seu direito aquisitivo, seja através da purgação da mora, ou da instauração do contraditório na ocorrência de lesão ou ameaça de lesão a seu direito.

Pois o pressuposto do contraditório é a efetiva possibilidade de reação, a partir do momento em que a parte toma ciência de algum ato que lhe possa ser desfavorável, de modo que para o cumprimento dessa exigência constitucional do contraditório, basta que seja oferecida a oportunidade para que em algum momento as partes possam pedir, alegar ou provar algo, pois é através da efetividade das oportunidades para participarem, sempre mediante do conhecimento que a parte tenha do ato a ser atacado. Diz-se então que o contraditório se exerce mediante reação aos atos desfavoráveis, seja que da parte contrária ou do juiz.<sup>152</sup>

Sendo importante frisar que o contraditório se perfaz na sua forma substancial. Pois não basta apenas seja oportunizado, mas que o oferecimento dessa oportunidade detenha do real poder de influenciar a decisão, garantindo assim o real exercício do direito de

defesa, elemento essencial para a compreensão desse princípio constitucional.

Desse modo, quando o Oficial do Registro de Imóveis notifica o devedor, efetivamente transmite a informação que lhe dará conhecimento do prazo para purgação da mora e da eventualidade de expropriação do seu direito aquisitivo, constatando que diante dessa informação, o devedor fiduciante tem à sua disposição todos os meios legais para opor resistência à implementação desses atos, evidenciando assim, os elementos essenciais do contraditório. Pois é através dessa reação do devedor que o possibilitará utilizar-se dos meios judiciais necessários, uma vez que a notificação manifesta a informação que possibilita ao devedor opor sua resistência se houver lesão ou ameaça de lesão a seu direito.

O simples fato do procedimento se proceder no plano extrajudicial não significa que esteja afastado o controle judicial ou, como se poderia pensar, erroneamente, a ampla defesa e o devido processo legal, pois esses vetores são exercidos não somente a posteriori, mas, também, no curso do procedimento da execução, para impedir e reprimir, utilizando dos meios processuais próprios.<sup>153</sup>

Portanto, o que tange aos procedimentos relativos à propriedade fiduciária de bens imóveis em garantia, bem como do patrimônio rural em afetação, é admissível o recurso ao controle judicial em dois momentos e com duas finalidades fundamentais, uma logo no início quando da notificação para purgar a mora ou durante o procedimento perante o registro imobiliário destinado a esse fim, sendo lícito ao devedor fiduciante impugnar em juízo as exigências do credor, seja negando a mora, ou até mesmo a regularidade do procedimento. Depois, sem prejuízo de trazer à discussão o próprio registro que haja sido feito na matrícula imobiliária, podendo ele discutir em juízo o valor da venda efetuada em leilão. Tudo com apoio na promessa constitucional de acesso à justiça.<sup>154</sup>

Sendo assim, é possível constatar que o sistema atual de garantia ao crédito rural, seja através da alienação fiduciária de bens imóveis ou do PRA, não se chocam com o devido processo legal, nem mesmo afronta o acesso à justiça, garantias constitucionais elencadas no art. 5º, incs. LIV e LV da CRFB/88.

Uma vez que conforme demonstra Melhim Namem Chalhub, o recurso ao controle jurisdicional pode ser utilizado em prática tanto na fase da intimação para purgação da mora como na fase de averbação da consolidação da propriedade no patrimônio do credor ou, ainda, nos atos precedentes ao leilão, e

<sup>151</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 569.

<sup>152</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 570.

<sup>153</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 571.

<sup>154</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 571.

efetivamente tem sido implementado o poder do devedor negar a mora e apontar a inobservância algum requisito ou modalidade, consignar em pagamento, requerer tutela de urgência antecedente, na qual suscite controvérsia sobre o valor em cobrança e pague o valor incontroverso, nos termos do CPC, art. 330, § 2º e 3º, do CPC.<sup>155</sup>

Portanto, em qualquer dessas medidas é assegurada a efetividade do processo em razão da possibilidade de tutela provisória de urgência ou evidência, nos termos dos arts. 294 e seguintes do CPC, meios aptos a evitarem a lesão mediante a pronta atuação do Poder Judiciário, sustando o procedimento desde o seu início, pela intimação para purgação da mora, como evidenciam decisões proferidas em inúmeras medidas judiciais intentadas por devedores fiduciários a partir da intimação para purgação da mora ou cientificados do leilão.<sup>156</sup>

Ademais, além da possibilidade de intervenção judicial ao ato que possa causar lesão a direito do devedor fiduciário, tem a presença do inevitável controle jurisdicional posterior, no contexto da ação de reintegração de posse de que trata o art. 30 da Lei nº 9.514/1997, quando o juiz examinará, em sua plenitude, a observância dos requisitos legais dos procedimentos de comprovação da mora, da consolidação da propriedade, da venda no leilão extrajudicial, e, se for o caso, irá impor a responsabilização cabível a quem de direito. Do mesmo modo que ocorre em qualquer dos outros procedimentos extrajudiciais regulados pelo direito positivo, o procedimento submete-se ao mais rigoroso controle judicial dos atos, isso desde a intimação do devedor fiduciário até após o leilão do imóvel.<sup>157</sup>

Conforme bem expõe Melhim Namem Chalhub, o Supremo Tribunal Federal ratificou seu posicionamento pela constitucionalidade dos procedimentos extrajudiciais do Decreto-lei nº 70/1966 em várias decisões, como no RE 223.075-DF, decisão unânime, sendo relator o Ministro Ilmar Galvão fundamentado com que além de prever uma fase de controle judicial, antes da perda do imóvel pelo devedor, esse não fica impedido de alegar eventual ilegalidade perpetrada no curso de venda do imóvel, e seja de logo, reprimida pelos meios processuais próprios. Fazendo o Acórdão alusão a outras situações de venda do bem

objeto da garantia, diretamente pelo credor, como é o caso do art. 774, III, do CC de 1916, concluindo pela não violação dos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.<sup>158</sup>

Posteriormente a esse julgamento, a mesma 1ª Turma, também em votação unânime, deu provimento ao RE 148.872-RS, do qual foi relator o Ministro José Carlos Moreira Alves, onde reconhece a recepção do Decreto-lei nº 70/1966 pela CF/88.<sup>159</sup>

Portanto, no processo de execução, o devedor é chamado, em tese, para pagar, e não para contestar o direito expresso no título executivo. E nessa hipótese a instauração do contraditório, bem como o exercício do direito de defesa garantido pela Constituição, depende da iniciativa do próprio devedor, para propor a ação de embargos. Inclusive a jurisprudência do STJ já se consolidou no sentido de que o procedimento extrajudicial de leilão não inibe o direito de ação assegurado ao devedor.<sup>160</sup>

Por todo o exposto, evidencia-se, que cumpre ao credor ou ao agente fiduciário, agir com total rigor ético e com a observância dos demais requisitos legais, de modo a evitar e não causar lesão ou ameaça de lesão a direito do devedor, para que assim alcancem um ponto de equilíbrio entre a função social do crédito, a função social da propriedade rural, e a garantia dos direitos individuais do devedor. (CHALHUB, 2021)

Pois nesse mesmo sentido, o direito positivo vem incorporando cada vez mais outros meios extrajudiciais de solução de conflitos, exemplo disso, é a própria lei do agro, que instituiu o Patrimônio Rural em Afetação, onde se autorizam a livre negociação entre credores e devedores, objetivando mitigarem o desequilíbrio econômico-financeiro do devedor e a preservação da produção agrícola. Ao mesmo passo que permitem que as partes possam agir de modo simples e célere para a continuação do negócio, como forma de assegurar a circulação de riquezas, a manutenção da renda dos trabalhadores e o cumprimento da função social do contrato e do crédito.<sup>161</sup>

Portanto, a atuação direta das partes não faz substituir a função jurisdicional, uma vez que não afasta a intervenção do Judiciário, pois este só intervira na ocorrência de lesão a direito ou ameaça de lesão a direito das partes contratantes. Devendo ser respeitado os princípios constitucionais do devido

<sup>155</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 572.

<sup>156</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 572.

<sup>157</sup> CHALHUB, Melhim Namem. Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 572.

<sup>158</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 580.

<sup>159</sup> CHALHUB, Melhim Namem. Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 580.

<sup>160</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 580.

<sup>161</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 585.

processo legal e da ampla defesa, mas o recurso ao poder judiciário só ocorrerá nas hipóteses de ameaça de lesão ou lesão a direito.

Conforme observa Melhim Namem Chalhub, no caso específico da venda extrajudicial do imóvel dado em garantia, as normas não são, em si mesmas, incompatíveis com os princípios constitucionais do art. 5º, XXXV, LIV e LV, pois pode ser exercido o direito de ação pelo devedor sempre que ocorrer lesão ou ameaça de lesão a direito, inclusive se verificada por inobservância dos requisitos legais consubstanciados nos princípios de aplicação geral e nas normas específicas, que delinham o regime legal peculiar de cada modalidade de venda privada, sejam através das normas do Código Civil, relativas ao penhor, ou aquelas contidas na legislação especial. De modo que a inobservância dessas normas, se causarem lesão ou ameaça de lesão a direito, ensejará a atuação judicial, não somente como forma de reprimir ou impedir a prática de ato lesivo, mas também, para impor a reparação de danos causados por fraude de qualquer natureza, como que prevê os arts. 40 e 41 do Decreto-lei nº 70/1966.<sup>162</sup>

Desse modo, não somente o mercado financeiro anseia por respostas, mas também todos aqueles que integram e operam no sistema agroindustrial, a fim de garantir segurança jurídica nas relações contratuais da cadeia produtiva do agronegócio. Frisando a essencialidade do produtor rural e/ou proprietários terem total ciência dos riscos e responsabilidades incumbidas perante as cédulas que assinam, uma vez que as garantias atreladas as operações caminham para um cenário de modalidades mais robustas e seguras aos credores, a fim de garantir a manutenção do sistema creditório, bem como a captação de recursos e o acesso ao crédito.

## REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Marcos Prado de. Crédito rural. Curitiba-MT: UFMT, 1995.
- ALFONSIN, Ricardo Barbosa. Dívidas agrícolas. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ALVARENGA, Octavio Mello, 1974 apud ALBUQUERQUE, Marcos Prado de. Crédito Rural. Curitiba-MT: UFMT, 1995.
- BARROS, Wellington Pacheco. Curso de Direito Agrário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- BORDENAVE, Juan E. Diaz. O que é comunicação Rural. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 19-20.
- BULGARELLI, Waldirio. Títulos de Crédito. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 497-499.
- BURANELLO, Renato Macedo, SOUZA, André Ricardo Passos de; PERIN JUNIOR, Ecio (Coord.).
- BURANELLO, Renato. Cédula de produto rural: mercados agrícolas e financiamento da produção Londrina, PR: Thoth, 2021.
- BURANELLO, Renato. Manual do Direito do Agronegócio. 2. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Câmara Legislativa. Projeto de Lei 4588/2021. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2128818](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2128818) Acesso em: 09 fev 2022.
- CARDOSO, Heloísa Bagatin. Renegociação de dívida de crédito rural. In. Direito Agrário na Prática: casos jurídicos reais sob a percepção das mulheres agraristas. Org. Cardoso, Heloísa Bagatin. Et al. Santana do Livramento, 2021. p. 266.
- CASSOL, Jaqueline. Palestra proferida no II Encontro Nacional das Mulheres Agraristas da UBAU. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=GwKyeu2UHws&t=777s> Acesso em: 09 fev 2022.
- CHALHUB, Melhim Namem. Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- DICK, Ana Luisa Ullmann. Manual do Crédito Agrário. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 25.
- FIGUEIREDO, Ticiane. Banco Central cria Bureau Verde e Sinaliza o futuro do crédito rural. Disponível em: <https://revistagloborural.globo.com/Noticias/Opiniao/Vozes-do-Agro/noticia/2021/07/banco-central-cria-bureau-verde-e-sinaliza-o-futuro-do-credito-rural.html> Acesso em: 09 fev 2022.
- JUNIOR, Luiz Antônio Scavone. Juros no Direito Brasileiro. 3. ed. Editora RT: São Paulo. 2009.
- MARQUES, Benedito Ferreira. Direito Agrário Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2009.
- NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: obrigações. v. Ed. Forense: Rio de Janeiro. 2005. p. 510.
- OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Limite Constitucional dos Juros Bancários. LZN Editora: São Paulo. 2003.

<sup>162</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namem. Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário. 7. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 586.



PARIZATTO, João Roberto. Multas e Juros no direito brasileiro. Edipa: Minas Gerais. 3. ed. 1999.

PEREIRA, Carlos Alberto. Contratos de Crédito. São Paulo: Centrograf, 2007. p. 21.a

PEREIRA, Lutero de Paiva. Crédito Rural Limites da Legalidade. Tomo I. Curitiba: Juruá, 1992. p. 85-96.b

PEREIRA, Lutero de Paiva. Financiamento Rural. Curitiba: Juruá, 2008. p. 57.

PEREIRA, Lutero de Paiva. Legislação Especial do Direito Agrofinanceiro. Curitiba: Juruá, 2.008. p. 31.

Prado, Thayrine Ferreira. A Mulher e sua Participação nas Políticas de Crédito Rural. In. Direito Agrário na Prática: casos jurídicos reais sob a percepção das mulheres agraristas. Org. Cardoso, Heloísa Bagatin. Et al. Santana do Livramento, 2021. p. 266.

Produtor vai ficar sem financiamento e terá que buscar opções mais caras. Canal Rural. Disponível em: <https://www.canalrural.com.br/noticias/agricultura/pr-odutor-vai-ficar-sem-financiamento-e-tera-que-buscar-opcoes-mais-caras/>. Acesso em: 10 fev. 2022.

PROENÇA, Alencar Mello. Direito Agrário. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 106.

REIS, Marcus. Crédito Rural – Teoria e Prática. Ed. Forense, 2019. p. 10.

REIS, Marcus. Crédito Rural: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos de Crédito Bancário. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.000. p. 255.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito do agronegócio. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Sem recursos, Tesouro suspende contratação de linhas com subsídio no crédito rural. Valor Econômico. Disponível em: <https://valor.globo.com/agronegocios/noticia/2022/02/05/sem-recursos-tesouro-suspende-subsidio-ao-credito-rural.ghtml>. Acesso em: 10 fev. 2022.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

TENÓRIO, Igor. Curso de direito agrário brasileiro: com formulários. São Paulo: Saraiva, 1984.

TORMA, Francisco. A nova prorrogação do crédito rural. Portal Agrolei. Disponível em: A nova prorrogação do crédito rural – AgroLei. Acesso em: 04 fev. 2022.

TORMA, Francisco. Diferenças entre crédito rural e financiamento privado, Agrolei, nov. 2019. Disponível em: <https://agrolei.com/2019/11/26/diferencas-entre-credito-rural-e-financiamento-privado>. Acesso em: 28 mai. 2021.

VAZ, José Carlos. Produtor sem condições de pagar (o crédito rural) e as exigências para que não precise pagar (agora) não previstas na Lei 7.843/1989. Portal Agrolei. Disponível em: Produtor sem condições de pagar (o crédito rural) e as exigências para que não precise pagar (agora) não previstas na Lei 7.843/1989 – AgroLei. Acesso em: 04 fev. 2022.

## COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DAS DEMANDAS PRESTACIONAIS SOBRE SAÚDE: REFLEXÕES E PERSPECTIVAS



**Hamilton Rafael Marins Schwartz<sup>1</sup>**

O presente artigo tem por escopo analisar o direito à saúde sob o viés constitucional e a jurisprudência dos Tribunais Superiores no que tange às demandas prestacionais nessa área, sobretudo após os julgamentos do Tema 793 da Repercussão Geral e do Incidente de Assunção de Competência 14, pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectivamente. A problematização consiste na verificação da competência para julgamento das demandas prestacionais de fornecimento de medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), mas não incorporados ao Sistema Único de Saúde (SUS) e os impactos práticos decorrentes da inobservância das competências administrativas desse Sistema. A conclusão se direciona à compreensão do Supremo Tribunal Federal como instituição competente para delimitar o conceito de solidariedade nas demandas de natureza destacada e a necessidade de se utilizar a decisão judicial como ferramenta para a materialização do direito constitucional à saúde em sua maior efetividade, observando-se, para tanto, a distribuição administrativa de competências estabelecida na Lei Orgânica da Saúde. Ademais, concluiu-se o artigo ressaltando a necessidade da criação de mecanismos extrajudiciais e de aperfeiçoamento da administração pública para a solução de controvérsias dessa natureza.

**Palavras-Chave:** Direito à saúde; Direito da saúde. Judicialização da saúde; Competência para julgamento; Fornecimento de medicamentos.

<sup>1</sup> Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR. Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL. Formado em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Realizou estudos no 1º Curso del Programa de Doctorado Mercado y Derecho da Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Espanha. Vice-Coordenador do Comitê Executivo de Saúde Estadual do Conselho Nacional de Justiça – CNJ no Paraná. Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na gestão 2019/2020. Juiz Formador da Escola Judicial do Paraná – EJUD/PR e da Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2820957314655894>. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0001-0022-6304>.

## COMPETENCE TO JUDGE HEALTH LITIGATION: REFLECTIONS AND PERSPECTIVES



Gustavo Formes Dias<sup>2</sup>

The purpose of this article is to analyze the right to health from a constitutional perspective and the jurisprudence of the Higher Courts regarding the provision demands in this area, especially after the judgments of General Repercussion Topic 793 and the Assumption of Competence Incident 14, by the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice, respectively. The problem lies in verifying the competence for judging the provision demands for the supply of medications registered in the National Health Surveillance Agency, but not incorporated into the Unified Health System and the practical impacts resulting from non-compliance with the administrative competencies of this System. The conclusion points to the understanding of the Federal Supreme Court as the responsible institution to delimit the concept of solidarity in the highlighted nature demands and the need to use the judicial decision as a tool for the materialization of the constitutional right to health in its greatest effectiveness, observing, for this purpose, the administrative distribution of procedural rules established in the Organic Law of Health. Furthermore, the article concludes by emphasizing the need of creating extrajudicial mechanisms and improve public administration for the resolution of disputes of this nature

**Keywords:** Right to health; Health Law; Health litigation; Competence to judge; Provision of medicines.

---

<sup>2</sup> Oficial de Gabinete de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR. Pós-graduando em Direito Penal e Processual Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA

## INTRODUÇÃO

O direito à saúde se encontra positivado na Constituição Federal de 1988 no rol de direitos sociais, além de ser considerado direito de todos e dever do Estado, conforme disposição do artigo 196, da Carta Política.

Por vezes, a necessária compatibilização entre a materialização dos direitos assegurados e os limites do Estado acarreta a procura do Poder Judiciário para fornecer a última resposta em demandas envolvendo o tema.

Em aprofundamento deste ponto reside o desenvolvimento central do presente artigo, notadamente no que se refere à competência para julgamento das ações prestacionais envolvendo medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), contudo, não incorporados ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Nessa esteira, a pesquisa foi estruturada a partir de metodologia embasada em análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial.

No primeiro momento, serão abordados os aspectos constitucionais e legais acerca do direito à saúde, bem como a forma por intermédio da qual os medicamentos e tratamentos passam a constar nas listas do Sistema Único de Saúde.

Em seguida, será analisada a judicialização da saúde como consectário do fenômeno da constitucionalização do direito e a forma como tal contexto se refletiu na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Na parte final, será apresentada uma proposta de compreensão da solidariedade constitucional no tema da saúde consubstanciada na necessidade de proporcionar maior efetividade e grau de satisfação do direito constitucional à saúde, bem como a imprescindibilidade de criação de mecanismos extrajudiciais e de aperfeiçoamento da administração pública para a solução de controvérsias nessa esfera.

### 1 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A perspectiva histórica dos direitos fundamentais guarda íntima ligação com o conceito moderno de Estado Constitucional, do qual a essência e justificativa existencial se estruturam no reconhecimento e no resguardo da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 139).

Esses direitos considerados fundamentais surgiram e se desenvolveram em momentos históricos distintos, de acordo com os clamores de cada época. Assim, o reconhecimento nos textos constitucionais originou o que se entende por dimensões de direitos fundamentais (NOVELINO, 2014, p. 370).

Nessa linha, ganha especial relevância no presente artigo a segunda dimensão de direitos fundamentais, caracterizada pelos direitos prestacionais decorrentes da exigência de atuação positiva do Poder Público, especialmente no que se refere à implementação da igualdade social daqueles que são hipossuficientes (TAVARES, 2022, p. 325).

A nova compreensão das relações entre Estado e sociedade impôs ao Poder Público a necessidade de assunção de posição central no que tange à superação das angústias estruturais da coletividade, o que se deu na forma de obrigações positivas ao objetivo de promover a liberdade real e igual a todos, por intermédio da ação corretiva do Estado (MENDES, 2017, p. 135).

Essa inteleção é evidenciada em duas partes distintas da Constituição de 1988, quais sejam, no capítulo específico dos Direitos Sociais (arts. 6º e ss., CF) e no Título da Ordem Social (arts. 193 e ss., CF).

Os direitos de natureza social são verdadeiras liberdades positivas e de impositiva observância no interior do Estado Social, tendo o propósito de promover o fundamento da igualdade social insculpido no artigo 1º, inciso IV, da Carta da República (MORAES, 2002, p. 202).

Guilherme Peña de Moraes compreende que esses direitos podem ser caracterizados como direitos fundamentais inerentes à própria condição de ser humano, por se referirem a um complexo de relações sociais, econômicas ou culturais para desenvolvimento do indivíduo de forma a maximizar suas potencialidades (2022, p. 189).

Dentre os direitos sociais, sobressai-se, dentre outros, o direito à saúde, consagrado de forma categórica em nível normativo-constitucional e com intensa regulamentação na esfera infraconstitucional, notadamente no que se refere à organização do Sistema Único de Saúde e o fornecimento de medicamentos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 300).

O direito à saúde se encontra expressamente contemplado no artigo 196 da Constituição Federal como sendo direito de todos e dever do Estado a ser garantido por meio de políticas que objetivem a redução do risco de doenças, bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços referentes a sua promoção (BRASIL, 1988).

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que é na esfera do direito à saúde que se evidencia o caráter positivo da segunda dimensão de direitos fundamentais e sua estrita relação com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana (2022, p. 300).

Assim sendo, inobstante a Constituição ressalte o direito à saúde, trata-se, em verdade, do direito à prestação e aos cuidados necessários para alcançá-la, uma vez que a simples garantia jurídica de determinado aspecto como direito não lhe garante, por si só, no plano da prática (BARCELLOS, 2023, p. 260).

O reconhecimento pela Constituição Federal do caráter dúplice do direito à saúde como sendo, por um lado, direito de todos, e, por outro, dever do Estado, foi de grande relevância, representando aspecto fundamental para o desenvolvimento do Sistema Único de Saúde brasileiro (BUCCI; DUARTE, 2017, p. 115).

Nessa esteira, com o objetivo de materializar o mandamento constitucional programático, a regulamentação do Sistema Único de Saúde veio por intermédio da Lei nº 8.080/1990, a qual dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e a recuperação da saúde, bem como sobre a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes (BRASIL, 1990).

Esse sistema é constituído por diversos serviços, com objetivos específicos e complementares, estruturados sob a gestão de todas as esferas da Federação, isto é, federal, estadual e municipal (SOLHA, 2014, p. 13).

O SUS é composto por princípios norteadores de suas políticas, nos termos do artigo 7º da Lei Orgânica da Saúde, a exemplo da universalidade de acesso, integralidade e igualdade de assistência, participação da comunidade, hierarquização e descentralização (BRASIL, 1990).

Para que um medicamento seja incorporado ao SUS, é necessário que, após o registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), ocorra, por primeiro, uma detalhada análise por parte da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC), instituída pela Lei nº 12.401/2011 (BRASIL, 2022).

Nessa análise realizada por equipe especializada são estudadas todas as informações fornecidas pela parte solicitante para a verificação das evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento (art. 19-Q, § 2º, I, Lei nº 8.080/1990) (BRASIL, 2011).

Ademais, para além do estudo referente aos aspectos supramencionados, a CONITEC promove a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas ao SUS (art. 19-Q, § 2º, II, Lei nº 8.080/1990), sendo um dos principais parâmetros de averiguação os limiares de custo-efetividade (LCE) (BRASIL, 2022).

Em momento seguinte à avaliação técnica, é realizada consulta pública que inclua a divulgação do parecer emitido pela CONITEC e, se a relevância da matéria justificar o contexto, também deverá ocorrer audiência pública sobre o tema (art. 19-R, § 1º, III e IV, Lei 8.080/1990) (BRASIL, 2011).

Por fim, o Ministério da Saúde avalia as recomendações emitidas pela CONITEC e delibera sobre a incorporação dos medicamentos ao SUS (BRASIL, 2013).

Após a incorporação, a responsabilidade pelo financiamento das incorporações de medicamentos será pactuada na seara da Comissão Intergestores

Tripartite (CIT), resguardando-se a manutenção do equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão do SUS e a garantia da linha de cuidado da doença (BRASIL, 2013).

Paralelamente, os fármacos podem ser padronizados na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), que consiste em importante instrumento norteador do uso de medicamentos e insumos no SUS, com vasta lista de disponibilização, nos limites das responsabilidades de financiamento de cada ente da Federação (BRASIL, 2022).

## 2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Ingo Wolfgang Sarlet classifica a Carta de 1988 como sendo a mais democrática e avançada da história constitucional brasileira, seja em decorrência do processo de elaboração ou em razão da experiência acumulada por força dos acontecimentos constitucionais anteriores, tendo papel essencial para a estabilidade institucional do país (2022, p. 114).

Sobre o tema, afirma Barroso que o advento da Constituição Federal de 1988 trouxe consigo uma nova forma de interpretação constitucional ligada a algumas fórmulas originais de realização da vontade do Constituinte (2022, p. 109).

Essa novidade hermenêutica teve por escopo atender a multiplicidade de demandas de uma sociedade que teve seus níveis de complexidade e pluralidade elevados com o passar do tempo, incorporando a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação jurídica, sendo atribuição do intérprete construir adequadamente soluções, conferindo-lhe o atributo de coparticipante do processo criativo do Direito (BARROSO, 2022, p. 110).

Um dos desdobramentos mais significativos da abertura interpretativa da Constituição foi o reconhecimento da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, o que possibilitou a atribuição de diretrizes hermenêuticas para a avaliação de todo o sistema de direito infraconstitucional à luz do próprio fenômeno constitucional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 158).

Para Barroso, a ideia de constitucionalização está fortemente interligada ao efeito expansivo das normas constitucionais, na medida em que todo o conteúdo axiológico e material transpassa o Diploma Constitucional e se irradia por todo o ordenamento jurídico com força normativa (2022, p. 242).

É possível afirmar, portanto, que a constitucionalização do direito é reflexo da irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico, a qual se faz por intermédio da jurisdição constitucional, exercida amplamente desde o juiz estadual até o Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2022, p. 131).

Nesse sentido, o ente Estatal positiva na Constituição seus objetivos e direciona a concretização à intervenção humana, por intermédio de diversos órgãos a partir de suas respectivas atribuições, as quais são divididas entre os três Poderes da República (CANELA JÚNIOR, 2011, p. 56).

O fenômeno da constitucionalização do direito tem por consequência de sua própria estrutura a judicialização das relações sociais, uma vez que, o Poder Legislativo, como verdadeiro representante do povo no processo de tomada de decisões, se mostra como regulamentador dos direitos prestacionais, visto que muitas das políticas públicas estruturadas a partir dos direitos fundamentais dependem de normatização, além de se posicionar também como idealizador, com responsabilidade de verificar os anseios e necessidades sociais para o fim de incorporá-los à lei.

Por seu turno, a materialização desses direitos idealizados pelo Poder Legislativo e pelo Constituinte é incumbência do Poder Executivo, o que promove indiretamente maior acirramento entre os Poderes da República (PEDRON; DUARTE NETO, 2018, p. 4), uma vez que o "custo" dos direitos sociais é constantemente confrontado com as limitações práticas e a escassez de recursos, dificultando sua realização no grau almejado pelo Constituinte e pelo Legislador.

Ou seja, se por um lado a própria Constituição não estabelece maiores limitações quanto ao direito à saúde, deixando evidente que este sempre deve vir acompanhado do dever fundamental de prestação de saúde pelo Estado, inclusive, por ser atribuição comum dos entes federativos, conforme o artigo 23, inciso II, da Carta Política, por outro, a prática limita a sua concretização, especialmente quando se impõe a necessária observância aos limites práticos e financeiros do Estado.

Gilmar Mendes acrescenta que para além da necessidade de distribuição de recursos escassos, a evolução do cenário médico evidencia a importância do viés programático do direito à saúde, por força das constantes evoluções e novas descobertas (2017, p. 696).

Esse contexto consequencial à constitucionalização das relações jurídicas tem levado os tribunais nacionais à assunção de um papel determinante no tema da saúde como sendo a última possibilidade de garantia de um direito assegurado e, por vezes, não efetivado.

Ademais, conforme Fogaça, em tempos de protagonismo judicial e elevação das despesas públicas, a frustração do Estado quanto à materialização dos direitos de natureza social tem posto em evidência o debate acerca do ativismo judicial no âmbito das políticas públicas, em virtude da interpretação expansiva dos termos constitucionais (2021, p. 16).

Esse cenário se reforça com a previsão do parágrafo 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal, que estabelece a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, com escopo na valorização da natureza positiva e prestacional do Estado no que diz respeito à promoção de políticas públicas (BRASIL, 1988).

Sendo assim, é certo que não se trata de atividade típica do Poder Judiciário a formulação de políticas públicas, todavia, verificando a ação administrativa ineficiente ou sua omissão, é incumbência desse Poder amparar o cidadão em sua dimensão individual, no que tange à efetivação do direito subjetivo à prestação de saúde. (MENDES, 2017, p. 703).

Trata-se da própria vinculação das políticas públicas aos núcleos constitucionais de irradiação, de maneira que, ao se verificar na prática desvio da matriz constitucional normativa, a consequência deve se dar na forma de realinhamento das ações estatais (CANELA JÚNIOR, 2011, p. 58).

Pode-se, portanto, afirmar que o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário não se mostra apenas sob a ótica da violação frontal à Constituição pelos atos do Poder Público, mas também por meio do cotejo desses atos com as finalidades existenciais do Estado (GRINOVER, 2011, p. 129).

### **3 A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A CONTROVÉRSIA ENVOLVENDO AS DEMANDAS PRESTACIONAIS REFERENTES A MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS AO SUS**

A jurisprudência das Cortes de Sobreposição ao longo dos últimos anos reflete de maneira cristalina o fenômeno da judicialização da saúde, vez que o cidadão, diante do objetivo de ver cumprido o direito constitucionalmente garantido, provoca o Poder Judiciário para obter o acesso a tratamentos médicos, fármacos ou procedimentos específicos.

Um dos primeiros e mais paradigmáticos julgamentos sobre o tema no Supremo Tribunal Federal se deu no âmbito da Suspensão da Tutela Antecipada 175, no qual a Corte estabeleceu diretrizes e fixou parâmetros que, apesar de não vinculantes, foram responsáveis por orientar significativamente a construção jurisprudencial a partir de então.

No julgamento, estabeleceu-se a necessidade de se verificar a existência de política pública que englobe a pretensão da parte, de modo que, nessas situações, deve haver a intervenção judicial para promover a efetivação do direito em casos de omissão ou prestações insuficientes.

Além disso, para as hipóteses nas quais inexistente política pública específica, é preciso averiguar se a prestação almejada se encontra nos protocolos do Sistema Único de Saúde, uma vez que, caso assim não o

seja, o registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) se apresenta como condição necessária para o fornecimento do tratamento objetivado.

Inclusive, em recente apreciação, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário 684.612 (Tema 698) e reafirmou seu posicionamento no sentido de que "A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes".

Em complemento às decisões destacadas, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar os Recursos Especiais 1.657.156/RJ e 1.102.457/RJ (Tema Repetitivo nº 106), estabeleceu os requisitos necessários para a imposição ao poder público da obrigação de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde.

Assim sendo, a concessão dos medicamentos demanda a presença cumulativa dos requisitos de: (i) comprovação por meio de laudo médico da imprescindibilidade do tratamento, bem como da ineficácia dos substitutos terapêuticos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de custeio pela parte demandante; e (iii) existência de registro na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência de regulação.

Ademais, em sede de Embargos de Declaração nesse mesmo recurso representativo da controvérsia repetitiva, a Corte Cidadã decidiu que, em regra, não há obrigação de fornecimento de medicamentos *off label* por parte do Poder Público, sendo excepcionada a situação somente quando houver autorização da ANVISA para o uso fora da bula.

Diante dessa compreensão prevalente do direito à saúde por ser intimamente relacionado ao próprio direito à vida, o Supremo Tribunal Federal fixou tese na seara do Recurso Extraordinário 566.471 (Tema nº 06), no sentido de que é dever do Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras de adquiri-lo.

Na mesma perspectiva, a Suprema Corte consignou no Recurso Extraordinário 657.718 (Tema 500) a obrigação excepcional de fornecimento pelo Estado de medicamento sem registro na ANVISA, limitada às hipóteses em que: (i) exista mora irrazoável da Agência em apreciar o pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de doenças raras e ultrarraras; (ii) o medicamento em questão tenha sido registrado em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) se verifique a ausência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Em momento posterior e em substituição à tese firmada no Tema 500, o Supremo Tribunal Federal revisitou a questão, desta vez no Recurso Extraordinário 1.165.959/SP (Tema 1.161), no qual foi estabelecido que "Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS".

Em que pese significativa parte das decisões sobre saúde tenha se dado na dimensão material do direito, o aspecto processual, notadamente no que se refere à composição do polo passivo das demandas judiciais, tem sido objeto de grandes controvérsias nas Cortes Superiores.

Isso se deve, em grande proporção, às múltiplas interpretações da Tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 855.178 (Tema 793), na qual restou afirmado que "os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro".

A controvérsia se apresenta nas hipóteses em que se discute o fornecimento de medicamentos não padronizados na política pública do SUS, uma vez que o resultado prático e processual da interpretação do precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal, por vezes, se orientava no sentido de que, conforme dispõe o artigo 19-Q, da Lei Orgânica da Saúde Pública<sup>1</sup> a incorporação de novos medicamentos ao SUS é atribuição do Ministério da Saúde e, por conta disso, haveria obrigatoriedade de a União se fazer presente no polo passivo da demanda posta em juízo, na forma de litisconsórcio necessário.

<sup>1</sup>Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz

terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. "

Como consequência, deveria ocorrer a remessa dos autos à Justiça Federal<sup>2</sup>, para o fim de possibilitar o fornecimento do medicamento em questão, bem como promover o ressarcimento dos respectivos valores ao ente originariamente não responsável a arcar com o custeio, mas que eventualmente o tenha feito por força de determinação judicial.

Entretanto, após a remessa dos autos, conforme dispõe a Súmula 150<sup>3</sup>, do Superior Tribunal de Justiça, era preciso realizar o juízo de verificação pela Justiça Federal da existência de interesse jurídico apto a justificar a presença da União no processo.

Assim, em decorrência da ausência de consenso entre a Justiça Federal e Estadual acerca da interpretação do Tema 793, exponencializaram-se os conflitos de competência direcionados ao Superior Tribunal de Justiça, fato que levou a Corte a julgar no Incidente de Assunção de Competência nº 144 a temática específica da necessidade de a União integrar o polo passivo da demanda ou se a configuração do polo passivo seria realizada por faculdade do autor no momento de ajuizamento da demanda, competindo a este escolher o ente contra o qual pretende litigar.

No julgamento ocorrido sob a Relatoria do Ministro Gurgel de Faria, entendeu-se que nas ações prestacionais referentes ao fornecimento de fármacos registrados na ANVISA, mas não incorporados ao Sistema Único de Saúde, a competência para julgamento é do juízo eleito pela parte no momento do

ajuizamento do feito, inexistindo, pois, litisconsórcio necessário.

Além disso, restou reforçado o teor da Súmula 254<sup>5</sup>, do próprio Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que não é possível ao Juízo estadual suscitar o conflito de competência ao receber os autos que lhe foram restituídos, em razão da exclusão da União do polo passivo da demanda.

Por ocasião da intelecção firmada no Incidente, já se verificam decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná lastreadas no conteúdo que restou decidido, inviabilizando a inclusão da União no polo passivo da demanda<sup>6</sup>.

#### 4 PERSPECTIVAS APÓS OS JULGAMENTOS DO TEMA 793 E DO IAC 14

Nota-se a divergência entre as compreensões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a situação, visto que este compreende por uma espécie de solidariedade irrestrita e configurada unicamente nos termos escolhidos pelo autor da ação, afastando as interpretações direcionadas à existência de litisconsórcio necessário (IAC 14), ao passo que aquele entende pela obrigatoriedade de observância das regras administrativas do Sistema Único de Saúde, consoante se extrai de trecho da tese firmada no Tema 793, ao determinar que "compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro".

<sup>2</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE BOMBA DE INFUSÃO DE INSULINA E INSUMOS – PACIENTE ACOMETIDA DE DIABETES MELLITUS TIPO 1 – TRATAMENTO QUE NÃO CONSTA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE – NECESSIDADE DE INCLUSÃO DA UNIÃO NO POLO PASSIVO DA DEMANDA E REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL – CORRETA APLICAÇÃO DO TEMA 793 DE REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA – RECURSO DESPROVIDO. (TJPR – 4ª Câmara Cível – 0029675-89.2020.8.16.0000 – Curitiba – Rel.: DESEMBARGADOR HAMILTON RAFAEL MARINS SCHWARTZ – J. 15.03.2022)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – JUÍZO DE RETRATAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO O FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO TERIPARATIDA – ACÓRDÃO QUE AFASTA A NECESSIDADE DE INCLUSÃO DA UNIÃO NO POLO PASSIVO – INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – APLICABILIDADE DO TEMA 793 DE REPERCUSSÃO GERAL – FÁRMACO QUE NÃO INTEGRA AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE – REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL – JUÍZO DE RETRATAÇÃO EXERCIDO – ACÓRDÃO REFORMADO. (TJPR – 4ª Câmara Cível – 0008434-90.2017.8.16.0056/1 – Cambé – Rel.: DESEMBARGADORA REGINA HELENA AFONSO DE OLIVEIRA PORTES – J. 20.09.2022)

<sup>3</sup> "Súmula 150, STJ. Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas Autarquias ou Empresas Públicas".

<sup>4</sup> Questão submetida a julgamento: "Tratando-se de medicamento não incluído nas políticas públicas, mas devidamente registrado na ANVISA, analisar se compete ao autor a faculdade de eleger contra quem pretende demandar, em face da responsabilidade solidária dos entes federados na prestação de saúde, e, em consequência,

examinar se é indevida a inclusão da União no polo passivo da demanda, seja por ato de ofício, seja por intimação da parte para emendar a inicial, sem prévia consulta à Justiça Federal."

<sup>5</sup> "Súmula 254, STJ. A decisão do Juízo federal que exclui da relação processual ente federal não pode ser reexaminada no Juízo estadual".

<sup>6</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECISÃO LIMINAR QUE DEFERIU O PEDIDO DE FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO CANABIDIOL 6000 MG. INCLUSÃO DA UNIÃO NO POLO PASSIVO. PRODUTO COM REGISTRO NA ANVISA. IMPOSSIBILIDADE. IAC Nº 14 – STJ. ELASTECIMENTO DE PRAZO. INVIABILIDADE. PRAZO EXÍGUO QUE SE JUSTIFICA PELA URGÊNCIA NO CASO CONCRETO. RECURSO DESPROVIDO. (TJPR – 4ª Câmara Cível – 0062270-73.2022.8.16.0000 – Cianorte – Rel.: DESEMBARGADOR ABRAHAM LINCOLN MERHEB CALIXTO – J. 01.05.2023)

DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGADO LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO COM A UNIÃO. MEDICAMENTO. DERMATITE ATÓPICA GRAVE. FÁRMACO NÃO CONTEMPLADO NA RENAME PARA REFERIDA DOENÇA. AUSÊNCIA DE PCDT. INCIDÊNCIA DA TESE FIRMADA NO IAC Nº 14 DO STJ E DA TUTELA PROVISÓRIA DEFERIDA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.366.243. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO POLO PASSIVO. MANTIDA A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. ART. 932, IV, C, DO CPC RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJPR – 4ª Câmara Cível – 0035990-31.2023.8.16.0000 – Ribeirão Claro – Rel.: DESEMBARGADOR CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO – J. 07.06.2023)



Como consequência da multiplicidade interpretativa acerca da responsabilidade dos entes da Federação nas demandas prestacionais da saúde, a Suprema Corte novamente afetou ao rito da Repercussão Geral a temática da saúde, no que se consubstanciou no Tema 1.234, em que desta vez se decidirá especificamente acerca da legitimidade passiva da União e a competência da Justiça Federal, nas demandas que versem sobre o fornecimento de medicamentos registrados na ANVISA, mas não padronizados no SUS.

O referido Tema ainda não possui julgamento definitivo, estando vigente medida liminar concedida pelo Relator, Ministro Gilmar Mendes, para os processos sem sentença prolatada até o dia 17 de abril de 2023, no sentido de que as demandas envolvendo medicamentos ou tratamentos padronizados devem observar a repartição de responsabilidades estruturada no SUS, ainda que o contexto implique o deslocamento de competência.

Sob outro prisma, para as demandas referentes a medicamentos ou tratamentos não incorporados, o processamento deve ocorrer perante o Juízo escolhido pelo cidadão, sem possibilidade de determinar a inclusão da União no polo passivo, em verdadeiro encontro à determinação do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Incidente de Assunção de Competência nº 14, estabelecendo-se, ainda que de forma provisória, certa estabilização da situação.

Percebe-se, portanto, que há dois pontos centrais sobre a controvérsia envolvendo o aspecto processual das demandas prestacionais de medicamentos não incorporados ao SUS, sendo o primeiro deles o conceito constitucional de solidariedade, o qual se guarneceu de uma multiplicidade hermenêutica após o julgamento do Tema 793, e o segundo, o significado do direcionamento do cumprimento conforme as regras de repartição de competências.

Para se chegar a uma conclusão adequada sobre o assunto, faz-se necessário, em primeiro lugar, reconhecer a competência do Supremo Tribunal para a definição da situação, uma vez que a competência dos entes da Federação para o fornecimento de medicamentos e tratamentos é, inegavelmente, matéria de natureza constitucional.

Além disso, há de se ressaltar que o processo de tomada de decisão na esfera judicial deve ser observado em seu contexto global, afastando-se a compreensão do comando decisório como fim em si mesmo e o reconhecendo como sendo de caráter predominantemente instrumental e intermediário à concretização do direito fundamental à saúde.

Isto é, sob a perspectiva instrumentalista do processo, deve ser compreendida a jurisdição como

sendo o polo metodológico do sistema, considerando, dessa forma, que todo o arcabouço processual seja concebido para que o Estado possa promover objetivos a ele intrínsecos (CÂMARA, 2022, p. 7), inclusive, no que se refere aos valores constitucionalmente positivados.

Para tanto, é importante reconhecer ao magistrado da causa a liberdade de atuação para que possa direcionar a demanda à justiça competente para julgar os feitos envolvendo o ente responsável pelo custeio do objeto pretendido, em valorização da efetividade do processo e da satisfação integral da controvérsia posta em juízo, contexto que foi inviabilizado após a decisão proferida no IAC 14.

Dessa maneira, é preciso levar em conta que o SUS é um Sistema de natureza una e construído para satisfazer as demandas de um país heterogêneo e com diversas idiossincrasias em cada uma de suas regiões, coexistindo com subsistemas estruturados entre União, Estados e Municípios, por meio de gestão a partir do Ministério da Saúde e das Secretarias Estadual e Municipal de Saúde, respectivamente, de forma descentralizada e em níveis crescentes de complexidade, pensados para a finalidade de viabilizar maior eficácia na prestação de serviços e maximizar a participação da sociedade nessa forma de política pública.

Por conseguinte, a solidariedade constitucional decorrente da competência comum estabelecida no artigo 23, inciso II, da Constituição Federal, deve ser observada como a existência de atribuições referentes à saúde destinadas a todos os entes da Federação, contudo, cada qual dentro das responsabilidades próprias e atribuídas pela legislação.

Inclusive, essa ideia foi reforçada pelo Ministro Alexandre de Moraes em palestra proferida em evento da Escola de Magistrados e Servidores do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no sentido de que esse conceito não pode ser analisado como possibilidade irrestrita de o cidadão escolher o ente contra o qual pretende demandar, devendo ser concebido como sendo a prestação de saúde uma competência de natureza comum, por terem todos os entes da Federação responsabilidades quanto ao tema, contudo, cada qual dentro das limitações impostas pela lei.

Esse posicionamento viabiliza a conclusão de que a ação prestacional deve ser proposta em face do ente da Federação responsável pelo respectivo custeio, de modo que, especificamente para as demandas que envolvem o fornecimento de medicamentos registrados na ANVISA e não incorporados ao SUS, a propositura deve ocorrer em face da União e, caso assim não o seja, o feito deve ser a ela direcionado, conforme parte final da tese firmada no Tema 793, ainda que tal fato importe declínio de competência.

Inclusive, há de se destacar a impossibilidade de execução direta do título executivo pelo ente condenado a custear tratamento no lugar de outrem em

face do responsável para tanto nos casos em que este não participou do processo de conhecimento, visto que os atributos de liquidez, certeza e exigibilidade não lhe aproveitam, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>7</sup>.

Consequentemente, caso o ente que não possui a responsabilidade financeira pelo custeio de medicamento ou tratamento de saúde tenha o suportado por conta de ordem judicial, o responsável deve ressarcí-lo, ainda que não tenha participado da demanda, na via da ação regressiva, sendo tal obrigação decorrência lógica do artigo 35, inciso VII, da Lei nº 8.080/19908.

Neste último cenário apresentado, todavia, certo é que a medida se mostra como possível instrumento para a solução da demanda à luz da solidariedade dos entes da Federação, mas não se trata da medida mais eficaz, uma vez que se desconsidera a morosidade natural decorrente da tramitação de um processo judicial até sua efetiva e completa satisfação, bem como se deixa de observar as limitações práticas apresentadas, sobretudo em entes dotados de orçamento reduzido.

Assim, a ideia destacada acerca do conceito constitucional de solidariedade é de suma importância, vez que o entendimento em perspectiva contrária ignora a compreensão do Sistema Único de Saúde como unidade complexa, com orçamento direcionado e pré-estabelecido, e aperfeiçoada ao longo do tempo, de forma a provocar, ao final, a ineficácia da própria decisão judicial sem viabilidade de cumprimento.

## CONCLUSÃO

Estabelecida a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas<sup>9</sup>, tem-se a judicialização da saúde como consequência natural da busca pela concretização dos direitos sociais. Tendo isso em vista, essa circunstância deve ser seguida de

<sup>7</sup> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA AO EXEQUENTE. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 50. INVIABILIDADE DA INTERVENÇÃO EM FASE DE EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL DESCONSTITUÍDO EM AÇÃO RESCISÓRIA. FALTA DE INTERESSE EM RECORRER DO ACÓRDÃO PROFERIDO NOS AUTOS DA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE UTILIDADE DO PROVIMENTO PRETENDIDO. (...) 2. A execução pressupõe a existência de título líquido, certo e exigível, atributos que não aproveitam àquele que não participou do processo de conhecimento. 3. Dada a ausência de utilidade do provimento pretendido no recurso especial, é o caso de se reconhecer a falta de interesse em recorrer. No caso, o acórdão recorrido indeferiu o pedido de ingresso do recorrente como assistente em processo de execução; o título executivo judicial foi objeto de ação rescisória, cujo pedido foi julgado procedente. Desconstituído o título que embasava a execução, não mais se verifica o interesse do recorrente em integrar o polo ativo, aplicando-se ao caso o princípio *nulla executio sine titulo*. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (Aglnt no REsp n. 1.552.014/ES, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 25/4/2017, DJe de 4/5/2017.)

uma desjudicialização acrescida da análise das consequências da estruturação provocada pela busca da justiça.

Trata-se de ideia que vai ao encontro do magistério do Ministro Gilmar Mendes na VI Jornada de Direito da Saúde, oportunidade na qual defendeu a necessidade de aperfeiçoamento da administração pública e o papel importante do Poder Judiciário com o auxílio na construção de soluções administrativas negociadas.

Dessa maneira, faz-se necessária a criação de mecanismos alternativos de solução de controvérsias para a pacificação das relações envolvendo a pretensão de obtenção de medicamentos e tratamentos pelo Sistema Único de Saúde.

Aliás, essa intelecção pode ser representada no enunciado nº 106, recentemente aprovado pelo Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (FONAJUS), no qual se previu a priorização da tentativa de conciliação na área da saúde, com envio dos processos aos núcleos de conciliação responsáveis<sup>10</sup>.

Portanto, ainda que se estabilize a controvérsia processual acerca do fornecimento de medicamentos e tratamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde após o julgamento do Tema 1.234 pelo Supremo Tribunal Federal, há de se pensar esse Sistema como verdadeira forma de política pública de promoção do federalismo cooperativo e, diante do esforço coordenado entre todos os Poderes da República, sejam criados mecanismos resolutivos pela administração pública em observância aos postulados da análise econômica do direito, objetivando a viabilização do direito fundamental à saúde em sua forma mais efetiva e potencializada.

<sup>8</sup> Art. 35. Para o estabelecimento de valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, será utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos: (...) VII - ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.

<sup>9</sup> Foram fixadas as seguintes teses (Tema 698): 1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado. 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

<sup>10</sup> Enunciado nº 106, FONAJUS. Deve ser priorizada a tentativa de conciliação na área da saúde, com o envio do processo aos CEJUSC – SAÚDE ou instâncias de conciliação similares.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conitec aprova proposta de uso de limiares de custo-efetividade (LCE) nas decisões em saúde. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/conitec/pt-br/assuntos/noticias/2022/setembro/conitec-aprova-proposta-de-uso-de-limiares-de-custo-efetividade-lce-nas-decisoes-em-saude>. Acesso em: 28 jun. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Rename. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/sectics/daf/relacao-nacional-de-medicamentos-essenciais#:~:text=S%C3%A3o%20disponibilizadas%20informa%C3%A7%C3%B5es%20gerais%2C%20tais,uso%20e%20conserva%C3%A7%C3%A3o%20do%20pr> oduto. Acesso em: 29 jun. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. Saiba como é o processo de recomendação de inclusão de medicamentos e procedimentos no SUS. Brasília, 2022. Disponível em: [https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/julho/saiba-como-e-o-processo-de-recomendacao-de-inclusao-de-medicamentos-e-procedimentos-no-sus#:~:text=No%20Brasil%2C%20para%20que%20um,%C3%A9anico%20de%20Sa%C3%BAde%20\(Conitec\)](https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/julho/saiba-como-e-o-processo-de-recomendacao-de-inclusao-de-medicamentos-e-procedimentos-no-sus#:~:text=No%20Brasil%2C%20para%20que%20um,%C3%A9anico%20de%20Sa%C3%BAde%20(Conitec)). Acesso em: 28 jun. 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarisse Seixas. Judicialização da Saúde: A Visão do Poder Executivo. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Atlas, 2022.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle Judicial de Políticas Públicas. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Novos enunciados aprovados na VI Jornada de Direito da Saúde, 2023, Cuiabá. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/04/enunciados-aprovados-vi-jornada-saude.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2023.

FOGAÇA, Anderson Ricardo. Análise Econômica do Direito e Judicialização da Saúde: Mínimo existencial versus Reserva do Possível. Curitiba: Juruá, 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org). O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. VI JORNADA NACIONAL DE DIREITO DA SAÚDE, 2023, Cuiabá: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=INVpR4HAaGE>. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. Gestão da Saúde, incorporação e competências administrativas. In: DIREITO À SAÚDE: APLICAÇÃO DO TEMA 793 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020, Porto Alegre: Escola de Magistrados e Servidores do Tribunal Regional da 4ª Região. Disponível em: <https://youtu.be/xinFy1IPgF8>.

MORAES, Guilherme Peña de. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. Barueri: Atlas, 2022.

NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEDRON, Flávio Quinaud; DUARTE NETO, João Carneiro. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 218, p. 99-112, abr./jun. 2018. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril\\_v55\\_n218\\_p99](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p99).

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022.

SOLHA, Raphaela Karla de Toledo. Sistema Único de Saúde – Componentes, Diretrizes e Políticas Públicas. 1. ed. São Paulo: Érica, 2014.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 20. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022.

### Legislação citada

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá

outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 23 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm). Acesso em: 28 jun. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.554, de 30 de julho de 2013. Dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília, 2013. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554\\_30\\_07\\_2013.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554_30_07_2013.html). Acesso em: 29 jun. 2023.

#### Jurisprudência citada

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial 1.552.014. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201502144216&dt\\_publicacao=04/05/2017](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502144216&dt_publicacao=04/05/2017). Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial 1.657.156/RJ. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201700256297&dt\\_publicacao=21/09/2018](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700256297&dt_publicacao=21/09/2018). Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recursos Especiais 1.657.156/RJ e 1.102.457/RJ (Tema Repetitivo 106). Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=106&cod\\_tema\\_final=106](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106). Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471 (Tema nº 06). Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 657.718 (Tema nº 500). Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/ve>

[rAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500](https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500). Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 684.612/RJ (Tema nº 698). Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4237089>. Acesso em: 13 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 855.178 (Tema 793). Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.165.959 (Tema 1.161). Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=1161>. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 15 jun. 2023.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de instrumento 0029675-89.2020.8.16.0000. Relator: Desembargador Hamilton Rafael Marins Schwartz. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/410000013882451/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0029675-89.2020.8.16.0000>. Acesso em: 15 jun. 2023.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de instrumento 0035990-31.2023.8.16.0000. Relator: Desembargador Clayton de Albuquerque Maranhão. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/410000025115822/Decis%C3%A3o%20monocr%C3%A1tica-0035990-31.2023.8.16.0000>. Acesso em: 15 jun. 2023.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de instrumento 0062270-73.2022.8.16.0000. Relator: Desembargador Abraham Lincoln Merheb Calixto. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/410000022780361/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0062270-73.2022.8.16.0000>. Acesso em: 15 jun. 2023.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Juízo de retratação nos embargos de declaração nº 0008434-90.2017.8.16.0056/1. Relatora: Desembargadora Regina Helena Afonso de Oliveira Portes. Disponível em:

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000010759801/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0008434-90.2017.8.16.0056/1>. Acesso em: 15 jun. 2023.



---

ISSN 2675-9403