

ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO

DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

NÚMERO 47 | MAIO / AGOSTO 2022



Newton

ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DA MANTENEDORA: Antônio Roberto Beldi

REITORA: Camila Ribeiro Romeiro

PRÓ-REITORA ACADÊMICA: Patrícia da Silva Klahr

PROCURADORA INSTITUCIONAL: Gláucia Corrêa de Melo

SECRETÁRIA GERAL: Ana Paula Matias

COORDENAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO: Sabrina Torrês Lage Peixoto de Melo | Valéria Edith Carvalho de Oliveira

ISSN 1678-8729

R449

**Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva
n.1 (jan./jun. 2003) – Belo Horizonte: Centro Universitário Newton
Paiva, 2003.**

n. 47, maio/ago. 2022

ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Centro Universitário Newton Paiva. III.
Título

CDU: 34

(Ficha catalográfica elaborada pelo Núcleo de Bibliotecas do Centro Universitário Newton)

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA
ESCOLA DE DIREITO

Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara

Av. Barão Homem de Melo, 3322 - Buritis

Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



Inovação é a nossa tradição.

EXPEDIENTE

EDITOR

Michael César Silva

CONSELHO EDITORIAL

Adalberto de Souza Pasqualotto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Amanda Flávio de Oliveira | Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Carlos Frederico Marés de Souza Filho | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

César Fiuza | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Claudia Lima Marques | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Daniel Brantes Ferreira | Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

David Sanchez Rubio | Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Ernani de Paula Contipelli | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Fernando José Borges Correia de Araújo | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fredie Souza Didier Junior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Giammaria Milani | Università di Siena, Siena, Itália

Giovani Clark | Universidade Federal de Minas Gerais | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo José Mendes Tepedino | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Ingo Wolfgang Sarlet | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Jean Carlos Dias | Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, Pará, Brasil

Jean-Christophe Merle | Universität Vechta, Vechta, Alemanha

Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Jorge Claudio de Bacelar Gouveia | Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Luiz Quadros de Magalhães | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juarez Freitas | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Mafalda Miranda Barbosa | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

Manuel David Masseno | Instituto Politécnico de Beja, Beja, Portugal

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Marcia Carla Pereira Ribeiro | Pontifícia Universidade Católica do Paraná | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Mário Ângelo Leitão Frota | Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra, Coimbra, Portugal

Michael César Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Mônia Clarissa Hennig Leal | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Nelson Rosenvald | Complexo Educacional Damásio de Jesus, São Paulo, São Paulo, Brasil

Oscar Ivan Prux | UniCesumar, Maringá, Paraná, Brasil

Paulo Roberto Ribeiro Nalin | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Rafael Peteffi da Silva | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Regina Linden Ruaro | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Ricardo Rabinovich-Berckman | Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Rubén Martínez Dalmau | Universidad de Valência, Valência, Espanha

Salete Oro Boff | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Simona Picciau | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

CONSELHO DE PARECERISTA

Adilson Silva Ferraz | Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Caruaru | Faculdade Asces, Caruaru, Pernambuco, Brasil

Adriano Marteleto Godinho | Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Paraíba, Brasil

Alcides Francisco Antunez Sanchez | Universidad de Granma, Bayamo, Provincia Granma, Cuba

Alessandra Pearce de Carvalho Monteiro | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Alessandro Jacomini | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Alexandre Antonio Bruno da Silva | Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS), Fortaleza, Ceará, Brasil

Alexandre Senra | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Alexandre Walmott Borges | Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, Minas Gerais, Brasil

Álisson José Maia Melo | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Amanda Flávio de Oliveira | Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

André Cordeiro Leal | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

André de Carvalho Okano | Centro universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

André Del Negri | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Arthur Pinheiro Basan | Universidade de Rio Verde, Rio Verde, Goiás, Brasil

Beatriz Felipe Pérez | Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha

Carlos Alberto Ferri | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Carlos Luiz Strapazon | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Carolina Soares Hissa | Escola Superior Associada de Goiânia | Faculdade Cambury, Goiânia, Goiás, Brasil

Caroline Fockink Ritt | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Clara Cardoso Machado Jaborandy | Universidade Tiradentes, Aracaju, Sergipe, Brasil

Claudio Joel Brito Lóssio | Instituto Juscibernética de Direito e Tecnologia, Juazeiro do Norte, Ceará, Brasil

Claudio Macedo de Souza | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Cristian Kiefer da Silva | Centro Universitário UNA, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Cristiano Colombo | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cyntia Carneiro Lafeté | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Daniel Brantes Ferreira | Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Daniela Silva Fontoura de Barcellos | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Davidson Malacco Ferreira | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Salles Pimenta | Universidade Paulista, São Paulo, São Paulo, Brasil

Emerson Harvey Cepeda-Rodríguez | Fundación Universitaria Juan de Castellanos, Tunja, Boyacá, Colômbia

Ernani de Paula Contipelli | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Eugênio Facchini Neto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Everilda Brandão Guilhermino | Universidade Federal de Pernambuco | Faculdade Salesiana, Recife, Pernambuco, Brasil

Fábio Gabriel de Oliveira | Universidade do Estado da Bahia, Valença, Bahia, Brasil

Felipe Dalenogare Alves | Faculdade Antonio Meneghetti, Restinga Sêca, Rio Grande do Sul, Brasil

Felipe Peixoto Braga Netto | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Fernanda Dalla Libera Damacena | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Filipe José Medon Affonso
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Filipe Piazzi Mariano da Silva | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Helena Telino Neves | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Heleno Florindo da Silva | Faculdade São Geraldo, Cariacica, Espírito Santo, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Igor Ajouz | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Emanuel de Souza Marques | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Ingrid Paula Gonzaga e Castro | Faculdade Montes Belos, São Luiz de Montes Belos, Goiás, Brasil

João Emilio de Assis Reis | Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

João Victor Rozatti Longhi | União das Faculdades das Cataratas (UDC) | Universidade Estadual do Norte do Paraná, Foz do Iguaçu, Paraná, Brasil

José Luiz de Moura Faleiros Júnior | Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juliano Madalena | Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Larissa Clare Pochmann da Silva | Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Leonardo Rabelo de Matos Silva | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Lucas Colombera Vaiano Piveto | Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, São Paulo, Brasil

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Magno Federici Gomes | Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, Minas Gerais, Brasil

Maraluce Maria Custodio | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Milagres | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Margareth Vetis Zaganelli | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Mariana Ribeiro Santiago | Universidade de Marília | Universidade Nove de Julho, São Paulo, Brasil

Mariane Camargo D´Oliveira | Universidade Feevale, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria de Fátima de Sá | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Miguel Lemos | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

Oscar Ivan Prux | UniCesumar, Maringá, Paraná, Brasil

Osvaldo Alves de Castro Filho | Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, Mato Grosso do Sul, Brasil

Pedro Modenesi | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Renata Carlos Steiner Reisdorfer | Universidade Positivo, Curitiba, Paraná, Brasil

René Patricio Bedón Garzón | Pontifícia Universidad Católica del Ecuador | Universidad de Los Hemisferios de Quito, Quito, Ecuador

Ricardo Antônio Lucas Camargo | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Dias Silveira | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Roberto Henrique Pôrto Nogueira | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Ricardo Lupion Garcia | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Reis Mazzei | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Rosa Maria Fernandes Guerra | Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, Luanda, Angola

Sabrina Tôrres Lage Peixoto de Melo | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Henriques Zandona Freitas | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Sofia Alves Valle Ornelas | Faculdades Objetivo, Goiânia, Goiás, Brasil

Suelen da Silva Webber | Centro Universitário da Serra Gaúcha, Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Taise Rabelo Dutra Trentin | Faculdade Palotina de Santa Maria, Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Thami Covatti Piaia | Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Santo Ângelo, Rio Grande do Sul, Brasil

Thais Câmara Maia Fernandes Coelho | Centro Universitário de Belo Horizonte, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Vinícius Lott Thibau | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Wilges Bruscato | Universidade Federal de Alfenas, Poços de Caldas, Minas Gerais, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

APOIO TÉCNICO

Núcleo de Publicações Acadêmicas Newton
Ariane Lopes

sumário



APRESENTAÇÃO

MICHAEL CÉSAR SILVA.....11-12

ARTIGOS

LA CONTABILIDAD BANCARIA: ANÁLISIS DE SU IMPLEMENTACIÓN EN EL
BANCO POPULAR DE AHORRO
GILBERTO FONSECA SANTIESTEBAN | SANDY RODRÍGUEZ SOSA
ALCIDES ANTÚNEZ SÁNCHEZ.....13-31

OS DIREITOS DOS REFUGIADOS E A LEI Nº 9.474/1997: UMA ANÁLISE SOB A ÓPTICA DA TEORIA
DA LEGISLAÇÃO DE MANUEL ATIENZA
ELISA CARDOSO FERRETTI | JANETE ROSA MARTINS | JOÃO MARTINS BERTASO.....32-48

CONSENSUALIDADE COMO POLÍTICA PÚBLICA E OS INCENTIVOS À NEGOCIAÇÃO
PELO AGENTE PÚBLICO
SILZIA ALVES CARVALHO | DANIEL LOPES PIRES XAVIER TORRES.....49-71

AVALIAÇÃO TRIPARTIDA: UMA PROPOSTA DE CONCEITUAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
AUTENTICIDADE ELEITORAL
GABRIEL VIEIRA TERENCEZI | RENATO ALEXANDRE DA SILVA FREITAS | RENATO BERNARDI.....72-94

A (IN)DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A PRIMAZIA DA
AUTOCOMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
DANIELY CRISTINA DA SILVA GREGÓRIO | RODRIGO VALENTE GIUBLIN TEIXEIRA.....95-106

apresentação



A releitura crítica e discursiva dos modelos jurídicos, por meio do estudo da doutrina e da jurisprudência, se apresenta como imprescindível na contemporaneidade, no sentido de permitir o diálogo e reflexões teóricas e práticas de inúmeras questões controversas, presentes no contexto do Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, a Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (REDCUNP) se destaca como um relevante instrumento de difusão da pesquisa científica, da apreciação crítica do Direito e de fomento à produção intelectual na área jurídica, sob uma perspectiva interdisciplinar de estudo, e, tendo por linha editorial, temáticas relacionadas ao *Estado Democrático de Direito e Solução de Conflitos*.

O Periódico se encontra classificado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) no *estrato B1* do Sistema *Qualis* de periódicos científicos no Brasil, demonstrando o compromisso da publicação com a qualidade da produção intelectual veiculada.

A Revista atendendo a rigorosos requisitos editoriais, relacionados a excelência de periódicos, se encontra inserida em vários indexadores nacionais e internacionais, com destaque para, a *REDIB* (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico), o *Latindex* (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal), o DOAJ (Directory of Open Access Journals), o *BDJur* (Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça), a *RVBI* (Rede Virtual de Bibliotecas do Senado Federal) e o *Portal de Periódicos da Capes*.

É com enorme alegria que se apresenta o segundo número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva em 2022 (n.47, maio/ago. 2022).

O presente número do Periódico compõe-se por trabalhos científicos inéditos, cujas temáticas proporcionam ao leitor relevantes discussões sobre conflitos sociais oriundos do cenário de transformações que permeiam a sociedade contemporânea - hipercomplexa, plural e multifacetária - sob a necessária perspectiva do Estado Democrático do Direito.

A Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva se tem construída a partir da produção científica de renomados pesquisadores no cenário jurídico nacional e internacional e do compromisso intelectual de qualidade editorial do Periódico.

Agradece-se aos autores pela confiança assentada em nossa Revista para publicação de suas pesquisas, aos membros do Conselho do Conselho Editorial pelo apoio científico e aos membros do Conselho de Pareceristas pelo dispêndio de tempo e trabalho para a realização das avaliações dos artigos.

Espera-se que o diálogo e as reflexões propostos e as perspectivas identificadas pelos autores possam colaborar para futuras pesquisas e para o enriquecimento de toda a comunidade acadêmica.

Boa leitura!

Professor Doutor Michael César Silva
Editor da Revista Eletrônica de Direito do
Centro Universitário Newton Paiva

LA CONTABILIDAD BANCARIA: ANÁLISIS DE SU IMPLEMENTACIÓN EN EL BANCO POPULAR DE AHORRO

THE BANK ACCOUNTING: ANALYSIS OF ITS IMPLEMENTATION IN BANCO POPULAR DE AHORRO

Gilberto Fonseca Santiesteban¹
Sandy Rodríguez Sosa²
Alcides Antúnez Sánchez³

RESUMEN: Objetivo: Se hace un análisis de cómo se contextualiza la implementación de la contabilidad bancaria en el Banco Popular de Ahorro en la Agencia No. 7472 en el municipio Bayamo, como parte de las instituciones financieras de la Banca Central de Cuba que prestan el servicio público al sector privado en la actualización del modelo económico y social.

Metodología: La investigación, a partir de la revisión bibliográfica realizada, permitió conocer cómo se aplica la contabilidad bancaria en el Banco Popular de Ahorro en la Agencia No. 7472 en el municipio Bayamo, a partir de las metodologías establecidas por la Banca Central de Cuba como un servicio público de la actividad bancaria.

Resultados: Se demostró la necesidad de conformar un material bibliográfico que sirva de consulta a los estudiantes que cursan la carrera de ciencias contables en la carrera de contabilidad en la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales en la Universidad de Granma en relación a la contabilidad bancaria a partir de la integración de contenidos.

Contribuciones: Un material bibliográfico destinado a los estudiantes que cursan la carrera de ciencias contables en la carrera de contabilidad en la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales en la Universidad de Granma sobre la contabilidad bancaria.

Palabras llaves: banca; contabilidad; ciudadanía; operaciones bancarias; moneda.

ABSTRACT: Objective: An analysis is made of how the implementation of bank accounting is contextualized in Banco Popular de Ahorro in Agency No. 7472 in the Bayamo municipality, as part of the financial institutions of the Central Bank of Cuba that provide public service. the private sector in updating the economic and social model.

Methodology: The research, based on the bibliographical review carried out, allowed to know how bank accounting is applied in the Banco Popular de Ahorro in Agency No. 7472 in the Bayamo municipality, based on the methodologies established by the Central Bank of Cuba as a public banking service.

Results: It was demonstrated the need to create a bibliographic material that serves as a reference for students who are studying accounting sciences in the accounting career at the Faculty of Economic and Social Sciences at the University of Granma in relation to bank accounting. from content integration.

Contributions: A bibliographical material intended for students who are studying accounting sciences in the accounting career at the Faculty of Economic and Social Sciences at the University of Granma on bank accounting.

Keywords: banking; accounting; citizenship; banking operations; currency.

1 Licenciado en Contabilidad y Finanzas. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. República de Cuba.

2 Máster en Contabilidad Gerencial. Universidad de Granma. Profesor Auxiliar de Contabilidad Financiera y de Gestión. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Email: srodriguez@udg.co.cu. ORCID N°: 0000-0001-9488-991X.

3 Dr. Hc por el Instituto Jurídico de Baja California, Tijuana, México. Máster en Asesoría Jurídica mención Derecho Administrativo Ambiental por la Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Profesor Auxiliar Derecho Ambiental e Internacional Público. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. República de Cuba. Email: aantunez@udg.co.cu. ORCID N°:0000-0002-8561-6837.

1 INTRODUCCIÓN

Desde el año 2011, Cuba está inmersa en un proceso de actualización de su modelo económico y social, el que enfrenta múltiples desafíos, acrecentados con la pandemia del COVID 19 y el bloqueo impuesto por más de 60 años por los Estados Unidos. Se aspira por el Estado a construir un modelo de sociedad socialista próspera y sostenible, con una mayor participación de actores diversos, propósitos para los cuales el rol de la banca resulta clave en el siglo XXI.

La importancia de la actividad bancaria por su activa participación en el conjunto de operaciones, tanto con personas jurídicas como naturales como actores económicos, contribuyen al desenvolvimiento de la economía, estando presente un amplio espectro que abarca desde la gestión de los riesgos bancarios hasta el desarrollo de financiamientos a los nuevos actores de la gestión económica.

El objetivo propuesto, es analizar cómo se contextualiza la implementación de la contabilidad bancaria en el Banco Popular de Ahorro en la Agencia N° 7472 en el municipio Bayamo, como parte de las instituciones financieras de la Banca Central de Cuba que prestan el servicio público al sector privado. Para ello se han utilizado los métodos de las ciencias sociales como el de análisis síntesis, histórico jurídico, inducción deducción, y la revisión bibliográfica.

2 ANÁLISIS HISTÓRICOS SOBRE LA GÉNESIS DE LA ACTIVIDAD CONTABLE BANCARIA

Sobre el origen de los bancos la historia señala que, este suceso acontece en la ciudad de Babilonia, su data se aprecia en el siglo XVIII (a.c.) cuando los sacerdotes empezaron a realizar actividades en sus templos, sobre el cuidado del dinero del pueblo, y también realizaban préstamos a particulares y a las ciudades.

El reino de Babilonia alcanza su máximo esplendor con Hammurabi (1792-1750 a.c.). Ya para entonces el comercio bancario estaba en proceso de secularización (había dejado de pertenecer solo a los sacerdotes) y las operaciones eran numerosas e importantes; este hecho jurídico se va a reflejar en el Código inscrito en la célebre estela semicilíndrica de 2.25 metros de alto.

El Código de Hammurabi desde esta época analizada reguló, entre otras instituciones: el préstamo con interés; la formalidad requerida para tales contratos (“si...ha prestado...con interés...sin testigos ni contrato perderá cuanto prestó”); la usura, pues el aumento indebido del interés se castigaba con la pérdida íntegra del principal prestado; la comisión mercantil, y el depósito (“si un señor desea depositar plata, oro o cualquier otra cosa a otro señor, todo lo que quiera confiar será enseñado a testigos, formalizara en un contrato y luego entregará lo que quiera confiar para su depósito”).

En ello, el Templo Rojo constituye la evidencia del primer edificio dedicado a estos fines como Banca. Se halla localizado en la localidad de Uruk, Babilonia, siendo en este momento histórico analizado los sacerdotes quienes fungían como banqueros. Estas relaciones monetarias se realizaban en especie, toda vez que no existía aún la moneda como hoy conocemos. Para ello, se realizaba la acción del depósito y la del préstamo.

En Grecia, en el año 700 (a.c.) existían los llamados colubitas, que eran simples cambistas pues solo se ocupaban de autenticar y luego homologar las diversas monedas que se acuñaban en las distintas regiones de Grecia y de otras latitudes. Por otro lado, existían los trapezistas a quienes se consideran incipientes banqueros pues recibían bienes de sus clientes

que luego prestaban a otros mediante el cobro de un interés, el cual en algunas ocasiones era excesivo y ocasionó problemas. Por esto, a partir del siglo IV (a.c.), los Estados y las ciudades de Grecia procuraron fundar los bancos públicos a fin de sustraerse de las presiones de los banqueros privados tanto religiosos como laicos.⁴

En consecuencia, se asevera que el sistema bancario llega a Roma proveniente de la parte oriental de Grecia y estuvo manejado principalmente por griegos y sirios en Italia, en el oeste y aun en las Galias, en donde las palabras “sirio” y “banquero” eran asumidos como sinónimos.

Conlleva desde este mismo plano de análisis, como los *argentarii*, al igual que los *colubitas*, eran cambistas, tenían la encomienda estatal de retirar de la circulación la moneda falsa que aparecía con mucha frecuencia y su función se reputaba viril, pues solo podía ser desempeñada por los varones.

Por otro lado, los *numularii* eran propiamente banqueros y, según un texto de los aportes de Ulpiano, su actividad era vigilada por los *praefectus urbi*, ya que se consideraba de orden público, “lo que constituye el más remoto antecedente directo de la consideración de la banca como función pública y de la obligación e interés del Estado de intervenir en su manejo.”⁵

En la edad media, se aprecia como Greco (1565) relata desde sus apuntes sobre el tema que en esta época los *numularii* reaparecieron bajo el nombre de *campsores* o *cambiatori*, cuyos servicios eran de gran utilidad por las dificultades para el tránsito comercial y por la circulación monetaria que era caótica debido a las múltiples monedas existentes y a las alteraciones que estas sufrían de manera frecuente.⁶

Según la postura de Cole⁷, quien refiere en su estudio sobre el tema que, el banco de Venecia se fundó en 1171 y su capital se conformó con créditos que los particulares otorgaron al Estado, las principales actividades a las que este banco se dedicó fueron los préstamos y depósitos. En cuanto al depósito hubo una particularidad que consistió en la prohibición de hacer retiro del monto que el Estado exigía a los particulares depositar, sin embargo, este podía ser transferido a otra persona en libros del banco.

Son acontecimientos históricos, que demuestran que la banca privada en las postrimerías de siglo XIV se encontraba consolidada en Italia y luego aconteció en España; al final del siglo se crearon los bancos municipales producto de la crisis que se experimentó, uno de estos bancos fue el *Taula Decanvi* en Barcelona en 1401 y el Banco De San Jorge en Génova en 1407, con el objetivo de recuperar la confianza de los depositantes.⁸

Dentro de este orden de ideas analizadas, se asevera que la génesis de la palabra Banco tiene su origen en el nombre derivado de los muebles utilizados por los cambistas italianos y los *Trapezitas* en la antigüedad, se empieza a designar a este tipo de entidades a partir de 1407, cuando se creó el Banco de San Jorge como ya fue anotado, el que recibía depósitos y se encargaba de administrar la deuda pública de Génova, además de otorgar préstamos a los encargados de los impuestos y de la República, excepto a los particulares.⁹

Por lo que justiprecia como instituciones como la “partida doble” reconocida en algunos libros en 1340, se señala por Luca Pacioli (1445-1517), en su libro “*Suma de Aritmética*,

4 ÁLVAREZ PEDROSA, J.. (2004) *Historia y Leyes de los Hititas*. Editorial AKAL. España.

5 ÁLVAREZ PEDROSA, J.. (2004) *Historia y Leyes de los Hititas*. Editorial AKAL. España.

6 ÁLVAREZ PEDROSA, J.. (2004) *Historia y Leyes de los Hititas*. Editorial AKAL. España.

7 COLE, J.. (2014) *Dinero y Banca*. 9a edición. Editorial Universidad Francisco Marroquín.

8 GÓMEZ, A.. (1982) *Historia de la Banca*. Servicio Nacional de Aprendizaje. Disponible en: https://repositorio.sena.edu.co/bitstream/11404/1779/1/unidad_01_historia_de_la_banca.pdf.

9 ÁLVAREZ PEDROSA, J.. (2004) *Historia y Leyes de los Hititas*. Editorial AKAL. España.

Geometría y Contabilidad”, obra considerada por diversos autores como el antecedente de los modernos auditores y de la contabilidad. Pertinente para el estudio que se ejecuta en la contabilidad bancaria.

En su evolución y desarrollo del análisis del tema, se aprecia cómo se implementó el uso de certificados de papel respaldados por depósitos de oro o plata, de igual valor al de los certificados emitidos, elementos que permitió a los titulares del depósito acudir al orfebre y recibir nuevamente sus metales depositados mediante previa entrega del certificado de depósito o directamente transferir un recibo con cargo a los bienes depositados.

Otro aporte cronológico a la actividad bancaria estudiada, se constata como fueron las actividades implementadas en Escocia, nación donde se estableció la garantía personal asegurada con un tercero y el documento al crédito en efectivo, actualmente se conoce como crédito de cuenta corriente.

En los siglos XVI y XVII aparecen Los Montes de Piedad, los cuales funcionaban como bancos. La Iglesia en ese tiempo, prohibía prestar dinero con interés. Se ocupaban en dar créditos sobre prendas y se desarrollaron en el tiempo en ciudades como Italia, Bélgica, Francia, Suiza, Holanda, España, Portugal, Gran Bretaña, los Estados Unidos de América, Austria, Hungría y Alemania.

En Francia, este análisis realizado, se aprecia cómo le aportó al desarrollo de la actividad bancaria al crear el Banco Central con el propósito de estabilizar la moneda y en 1806 Napoleón creó el banco de Francia con su reglamento.

En Alemania, se creó el Reichn Bank que posteriormente fue sustituido por el banco de Prusia, el cual, era controlado por el Estado y se encargó de regular el sistema bancario. Similar a lo analizado hasta aquí, en los Estados Unidos de Norte América la banca surge después de la guerra de independencia, al crearse los primeros bancos agrícolas, la banca privada que inicialmente se encargó de emitir billetes hasta el 1863 en el que se promulgó una ley para establecer una sola moneda nacional, ya en 1913 se logró la unidad del sistema bancario al promulgarse la Ley federal de reserva.

En síntesis, se justiprecia como el descubrimiento de América impulsa el desarrollo de la banca tanto en el continente americano como en el continente europeo; igualmente, el desarrollo de los bancos estuvo influenciado con otros eventos como fueron la formación de los Estados Europeos, la unificación de monedas e instituciones, el crecimiento y decadencia de España, y los avances de Inglaterra, Francia y Holanda con el desarrollo de la Revolución Industrial.

Entre los autores estudiados, está el aporte de McCarthy, ideólogo de la banca del siglo XIX, quien sostiene que “el bancario es un tipo de comercio de antigüedad inmemorial, y sus orígenes van más allá del alcance de la historia autenticada. Fue la consecuencia natural y necesaria del comercio, el cual surgió de, y creció con la civilización.”¹⁰

Este autor consultado, desde su postura señala que es la rama del Derecho Público que regula la intermediación profesional en el comercio del dinero y el crédito, así como la organización, la estructura y el funcionamiento del sistema bancario y la forma en que el Estado ejerce la rectoría de dicho sistema.¹¹ Lo que a consideración del autor del artículo incidió en el desarrollo del Derecho Bancario como rama de las ciencias jurídicas, trasversal al denominado Derecho Contable.

10 GUZMÁN HOLGUÍN, R.. (2012) *Derecho Bancario y operaciones de crédito*. 4ª edición, Editorial Porrúa, México.

11 GUZMÁN HOLGUÍN, R.. (2012) *Derecho Bancario y operaciones de crédito*. 4ª edición, Editorial Porrúa, México.

Por otra parte, Ruiz Torres¹² desde su posición, formula la definición sobre el Derecho Bancario, refiere que son el conjunto de normas, parten del derecho de la intermediación financiera, que regula a los sujetos de la intermediación financiera bancaria, su constitución y funcionamiento, las prohibiciones, sanciones administrativas y los delitos establecidos respecto de ellos la protección de los intereses del público y las facultades de las autoridades en la materia.

En contexto, la posición de Derecho Bancario es el conjunto normativo, jurisprudencial y doctrinal que regula la estructura y funcionamiento de las Entidades de Crédito bancarias o entidades de depósito, así como las operaciones realizadas con el público en general, incluidos sus clientes, y con otras Entidades de Crédito. Además de la banca oficial y privada, el Derecho bancario se aplica a las cajas de ahorro y a las cooperativas de crédito. Se integra, fundamentalmente, por normas de Derecho administrativo, mercantil, civil y fiscal. En este sentido, cabe distinguir entre un Derecho Público Bancario (relativo a las normas constitucionales, administrativas y fiscales), y un Derecho privado bancario (referente a las normas civiles y mercantiles). Es una parte del Derecho de las entidades de crédito, que se dedica a regular no sólo las Entidades de Crédito bancarias, sino también las entidades de crédito no bancarias o entidades de crédito de ámbito operativo limitado (como las entidades de financiación, las sociedades de crédito hipotecario y otras), tal y como lo refiere.¹³

Se valora de esta manera que los Bancos, al aparecer en la época de los grandes descubrimientos, determinaron un desplazamiento de los tráficos mundiales del Mediterráneo al Atlántico, fue un gran movimiento económico, al que se le dio el nombre de mercantilismo, se desarrolló el movimiento del dinero y de la actividad crediticia, derribando las barreras, especialmente las religiosas que habían reprimido la expansión económica en la Edad Media como se señaló. Siendo la moneda de oro fue el medio de cambio entre los mercaderes de diversos Estados.¹⁴

En consecuencia, el tema es concomitante con el Derecho Privado Bancario, el cual regula el conjunto de relaciones patrimoniales entre la banca y su clientela desde el Derecho Civil. Por ello, los contratos celebrados entre las entidades de crédito y sus clientes, son el antecedente necesario para la realización de las operaciones propias de esta actividad. Es en este campo de estudio, el Derecho Bancario forma parte del Derecho Mercantil y se enmarca la materia objeto de nuestro estudio en el artículo.¹⁵

Los autores que han estudiado al Derecho Bancario formulan que no es en realidad un derecho autónomo; por ende, el Derecho Privado Bancario respecto al Derecho Comercial, tampoco significa que no tenga algunos principios particulares muy destacados, a veces comunes con los del Derecho Mercantil, pero, en otras, especiales y peculiares, entendibles a la luz del marco técnico-económico en el cual se desarrollan las operaciones bancarias.¹⁶

Queda claro que, el Banco es la entidad financiera que se dedica a realizar operaciones propias de banca como persona jurídica. Los bancos son siempre personas jurídicas, o sea, la actividad bancaria la ejercen personas jurídicas. Llevan a cabo la actividad bancaria, tal actividad la ejercen los bancos, a través de los banqueros, que son personas físicas que se dedican, a través de los bancos, a ejercer la actividad bancaria.

12 RUIZ TORRES, H.. (2012) *Derecho Bancario*. Editorial Oxford, 9ª edición, México.

13 RIBÓ DURÁN, L.. (1995) *Diccionario de Derecho*. Editorial Lex. España.

14 VILAR, P. (1969) *Oro y moneda en la historia*. Editorial Ariel, 2ª edición, España.

15 URÍA, R.. (2001) *Curso de Derecho Mercantil*. Editorial Marcial Pons, España.

16 URÍA, R.. (2001) *Curso de Derecho Mercantil*. Editorial Marcial Pons, España.

En este análisis, se constata como en la actividad del comercio, empieza a propagarse el crédito hipotecario y el de bienes raíces al surgir las grandes haciendas. Demuestran estos elementos analizados que, la actividad bancaria constituye un servicio público y si, en su caso, este servicio público, puede ser prestado por el Estado a través de instituciones bancarias, por los particulares, o por ambos, o solo por los particulares concesionados por aquel.

Reflejo de lo acotado, se aprecia cuando se intensificó, la institución de los sustitutos del dinero, representados por documentos, letras de cambio, pagarés emitidos en moneda de feria o de cuenta (invencción italiana que se remonta a la época de las Cruzadas). Al ser Italia un centro comercial de mucha importancia donde convergían comerciantes de África y Asia Menor, además de los comerciantes de los países mediterráneos.

Se colige que, la banca tuvo su origen con la evolución de la moneda, cuando ésta sustituyó las primeras operaciones de simple cambio o permuta. Por ende, la historia de los bancos va unida a la del comercio desde la Edad Media y cada banco que se funda señala una nueva etapa en el desarrollo comercial de un país. Desde los banqueros primitivos, simplemente llamados Cambistas, hasta los actuales, son comerciantes cuya mercancía es el dinero.¹⁷

En resumen, se colige que la banca es concebida como una industria muy especializada, sujeta a un elevado grado de regulación y puesta a prueba con periódicas crisis. Como consecuencia de este entorno regulatorio, la contabilidad y los sistemas de información financiera de los bancos son dependientes, no sólo de los criterios de contabilidad generalmente aceptados sino también del entorno regulatorio tanto prudencial como de participación en los mercados de capitales regulados, en casi todos los casos. Los bancos son depositarios de la confianza del público como custodios de buena parte de su riqueza y además son el principal intermediario del crédito concedido a la economía (consumidores y empresas), según los estudios realizados por Pérez Ramírez.¹⁸

La contabilidad es concebida como la ciencia que orienta a los sujetos económicos para que estos coordinen y estructuren en libros y registros adecuados la composición cualitativa y cuantitativa de su patrimonio (estática contable), así como las operaciones que modifican, amplían o reducen dicho patrimonio (dinámica contable), según la posición de González Savedra (2007), Omeñaca García¹⁹, entre otros autores que han hecho aportes a esta ciencia social.

En esta misma línea, la contabilidad bancaria es concebida como la ciencia y técnica que se encarga de brindar información útil para la toma de decisiones económicas. Su tarea consiste en estudiar el patrimonio y reflejar los resultados en estados contables o financieros, que suponen el resumen de una situación económica. La contabilidad bancaria, por lo tanto, es una noción que está vinculada a la rama contable dedicada al análisis de los elementos financieros que circulan internamente en una entidad bancaria. De la misma manera, dentro de ese tipo de contabilidad, la entidad tenga siempre un conocimiento y una gestión al día y pormenorizada de lo que son las cuentas corrientes, el otorgamiento de préstamos, los depósitos a plazo fijo, las cuentas de ahorros o las aperturas de créditos, entre otras.²⁰

17 GOLDSCHMIED, L.. (1961) *Historia de la Banca*. Editorial UTEHA, México.

18 PÉREZ RAMÍREZ, J.. (2001) *Contabilidad Bancaria*. Editorial Mac Graw Hill, España.

19 OMEÑACA GARCÍA, J.. (2017) *Contabilidad General*. Editorial Deusto, España.

20 PÉREZ RAMÍREZ, J.. (2001) *Contabilidad Bancaria*. Editorial Mac Graw Hill, España.

3 LA CONTABILIDAD BANCARIA EN CUBA. ANÁLISIS HISTÓRICO DE SUS GÉNESIS Y DESARROLLO EN LA ACTIVIDAD DEL COMERCIO

La vida económica en la nación cubana, luego del precedente histórico analizado *up supra* de su génesis de como concurre en Europa el desarrollo de la banca y de la contabilidad bancaria; con la colonización de Cuba por la metrópoli de España, se analiza cómo se desplaza hacia la industria y el comercio, aparejado a ello se fomentó el desarrollo a la Banca y el Seguro, comenzaba así la era de los grandes negocios y su desarrollo en los siglos XVII y XVIII que dieron origen a la profesión denominada Contaduría Pública.

Demuestra que, los problemas monetarios y financieros se plantearon en el período posterior a la toma de La Habana por los británicos (1762), ante la ausencia de un sistema bancario que suministrara dinero y documentos de crédito a las actividades productivas en correspondencia con la expansión económica de la época.

Permite aseverar que, las técnicas relacionadas con la contabilidad en Cuba eran desconocidas a principios del siglo XIX, fundamentalmente por la condición de colonia de España. Lo que dio lugar a la contaduría pública en el país, tiene su raíz en 1827 para la formación de profesionales.

Con relación a los servicios financieros se debe remarcar que en aquella época, a inicios del siglo XIX, De Arango y Parreño²¹ en sus estudios recomendó incrementar los medios circulantes y la creación de un banco de créditos y redescuentos con miras a asegurar el mejor desempeño de las actividades productivas.

Queda demostrado que, los primeros atisbos al estudiar historia económica moderna se remontan a fines del siglo XIX, y se apoyaron en investigaciones de las organizaciones económicas con el propósito de analizar su funcionamiento e inferir la mecánica del sistema económico en su conjunto.²²

También, se aprecia cómo se han realizado otros estudios en relación con la economía nacional, insertos estos en su contexto histórico de las técnicas contables, ejecutados por Pichardo²³, Le Riverend²⁴, entre otros. En su mayoría se valora como responden al tronco común de ciencias histórico-económicas, particularizado en los registros contables con que cuentan nuestros archivos, labor que corresponde a conocedores de la profesión contable.

3.1 Período antes de 1959 de la actividad bancaria en Cuba

El nacimiento del sistema bancario en Cuba se constata como se remonta a las primeras décadas del siglo XIX, etapa en que ocurrió el crecimiento económico. Este desempeño económico, se caracterizó por la expansión del comercio interno y externo, fue el elemento que hizo necesario el surgimiento del sistema bancario, el cual procede prácticamente de 1832, en que se establece el Banco de Fernando VII y 10 años después se crea la Caja de Ahorros.

Los servicios financieros de la época analizada, se aprecia como en 1854 se estableció la Caja Real de Descuentos, que pasaría luego a ser el Banco Español de La Habana. En 1857 se fundó el Banco de Cuba en la oriental Ciudad de Santiago. En los inicios de la década de 1860 prestaban servicios unas 15 instituciones financieras y se comenzaba a desarrollar el

21 DE ARANGO Y PARREÑO, F.. (1952) *Obras*. Dirección de Cultura. La Habana.

22 CÁRDENAS, 1989.

23 PICHARDO, H.. (1972) *Documentos para la Historia de Cuba*. Editorial Instituto Cubano del Libro. La Habana.

24 LE RIVEREND, J.. (1972) *Historia económica de Cuba*. Barcelona.

sistema crediticio con el establecimiento de diversas instituciones como la Caja Agrícola de Cárdenas, el Banco Agrícola e Industrial, la Caja Mercantil de Matanzas y el Banco Mercantil de Santiago de Cuba.

Hay que significar que, el Banco Español de La Habana aportó financiamiento para la contienda bélica de España contra los insurgentes cubanos, tanto en la guerra de los diez años (1868-1878) como en la de Independencia (1895-1898). En 1881 ya se había transformado en el Banco Español de la isla de Cuba, hizo emisiones de curso forzoso durante la Guerra de Independencia y desapareció en 1920 con el crack que dañó a la banca comercial de Cuba.³⁵

Aunque se destaca como nota distintiva que, las técnicas relacionadas con la contabilidad en Cuba eran desconocidas a principios del siglo XIX, fundamentalmente por la condición de colonia de España, donde los sistemas educacionales en la Isla se guiaban por la forma vigente en la Metrópolis española.³⁶

Por otro lado, los servicios financieros, conviene subrayar que a principios de siglo XX empezó un nuevo desarrollo del sistema bancario con el establecimiento de varias instituciones extranjeras como el First National Bank of New York en 1920, influyó en una crisis de los bancos cubanos y españoles vinculados con el negocio del azúcar, que no estaban apoyados por el gobierno.

Con respecto a los servicios financieros, se debe tener presente que en 1933 los bancos extranjeros Chase National Bank of New York, First National Bank of Boston y First National City Bank of New York se habían convertido en las instituciones rectoras del sistema financiero en Cuba.

El 23 de diciembre de 1948, se creó el Banco Nacional de Cuba, como banco central de emisión y redescuento, con participación en su capital y dirección tanto por parte del Estado como de los bancos comerciales extranjeros y cubanos que ya operaban en el país. El 27 de abril de 1950, inició sus operaciones el Banco Nacional de Cuba y en diciembre de ese año se fundó el Banco de Fomento Agrícola e Industrial de Cuba (BANFAIC) con el propósito de financiar la diversificación productiva en este período.

3.2 Después de 1959 hasta el 2021 con el triunfo de la Revolución. Breves apuntes históricos jurídicos de la actividad contable bancaria cubana

3.2.1 Período de 1959 hasta 2000

Los servicios financieros, se aprecia como desde el 13 de octubre de 1960, al ser nacionalizada la totalidad de los bancos nacionales y extranjeros por el nuevo proyecto social pasan a ser parte del patrimonio estatal; en consecuencia, a partir de esa fecha la actividad bancaria comenzó a ser prácticamente de propiedad estatal luego de su nacionalización. El 23 de febrero de 1961, se reorganizó el Banco Nacional de Cuba y se concentraron en esta institución todas las funciones bancarias.

El Banco Nacional de Cuba asumió en 1966, la tarea de único organismo financiero del país, simultáneamente conservaba su personalidad jurídica y patrimonios propios, así como su carácter de banco estatal único. A fines de la década de los 60' del siglo pasado, se suprimió el sistema de cobros y pagos entre las empresas estatales, lo que generó un deterioro de su disciplina financiera, menguando así las funciones del Banco, que se dedicó esencialmente a prestar servicios a la población. Como parte del debilitamiento de los mecanismos de control

35 PICHARDO, H.. (1972) *Documentos para la Historia de Cuba*. Editorial Instituto Cubano del Libro. La Habana.

36 PICHARDO, H.. (1972) *Documentos para la Historia de Cuba*. Editorial Instituto Cubano del Libro. La Habana.

macroeconómico se extinguió el Ministerio de Hacienda y se eliminó el presupuesto estatal, por lo que se descuidaron las actividades monetario-financieras entre los actores económicos del sector estatal.

El marco regulatorio en el ordenamiento bancario, aparece en los Decretos Leyes N° 172 y 173 de 1997, son las normas que dieron origen al Banco Central de Cuba, acercaron un poco más las regulaciones bancarias a los estándares internacionales y le otorgaron más autonomía a la política monetaria, aunque nunca llegó a operar de manera completamente independiente. Fueron estos dos decretos los que dieron cobertura legal general a la reforma bancaria de la década de los años 90'.

También, desde el punto de vista de los servicios financieros cabe destacar que en un contexto de diversificación de las relaciones de propiedad y de descentralización económica; en 1997, se separaron las funciones de banca central y de los bancos comerciales y se crearon nuevas instituciones financieras, bancarias y no bancarias.

El marco jurídico se dispone a tenor del Decreto Ley N° 361, cuerpo legal que establece la misión, funciones, y normas para la organización y operatoria del Banco Central, así como las responsabilidades de su presidente, vicepresidente, superintendente, y su Consejo de Dirección. La misión del Banco Central no cambia casi nada en relación con la definida en 1997.

3.2.2 Período 2001 hasta el 2021

A partir de la aprobación por parte de la Asamblea Nacional del Poder Popular en Cuba de la carta magna en el 2019, establece en su capítulo de los Fundamentos Económicos, la empresa estatal socialista, regulada en el artículo 18, es el actor primordial de la economía cubana, es sin dudas la mayoritaria fuente de riqueza, bienestar y prosperidad de nuestra sociedad, por lo que ha sido objeto de los principales cambios y medidas económicas y organizativas en la última etapa, como debe ser para el operador de los medios fundamentales de producción y servicios en el socialismo, de los que es dueño el pueblo.

La existencia y el reconocimiento de la propiedad privada en Cuba, con la nueva regulación normativa se habilita a las personas naturales o jurídicas, cubanas o extranjeras, para ser titulares de la propiedad privada y permite la creación de micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYMES) con ese tipo de propiedad, como también para la estatal. Ello aparece regulado en el artículo 22 constitucional. Desarrollado en el ordenamiento jurídico en el Decreto Ley N° 46 de 2021, se conforma como Sociedad de Responsabilidad Limitada (SRL) regulada en el Código de Comercio de Cuba.

Dentro del ordenamiento jurídico en la nación cubana, el Decreto Ley N° 362 de 2018, establece un marco jurídico nuevo para el funcionamiento del sistema financiero. Este regula el procedimiento para crear nuevas instituciones financieras, establece el tipo de instituciones financieras que pueden operar y el tipo de servicios que pueden ofrecer, define el papel de la inversión extranjera en el sistema financiero y establece un marco para el manejo de la contabilidad y la presentación de los estados financieros.

Este Decreto Ley N° 362 de 2018, Sobre los Bancos e Instituciones Financieras no Bancarias, ratifica que para las instituciones financieras estatales, su carácter autónomo, personalidad jurídica independiente y patrimonio propio, las que cubrirán sus gastos con sus ingresos y no responderán por las obligaciones del Estado, sus organismos, órganos, empresas y otras entidades económicas.

Queda claro que, el Decreto Ley N° 362 de 2018 define 7 tipos diferentes de instituciones financieras con funciones separadas. Estas son:

- Banco universal.
- Banco corporativo.
- Banco de segundo piso.
- Banco de inversión.
- Institución financiera no bancaria.
- Casas de cambio.
- Sociedades administradoras de fondos de inversión

El Banco es concebido por el Estado como un sector de singular importancia para el desarrollo de la economía cubana lo ha constituido siempre el sistema bancario, el que hoy con la actualización del modelo económico y social se desarrolla requiere de su modernización tecnológica. Que guardan relación con los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución en la actualización del modelo económico y social.

La conceptualización del modelo económico y social cubano de desarrollo socialista prevé un sistema bancario y financiero fortalecido, integrado por instituciones eficientes, eficaces y competitivas, que trabajan en función de las necesidades de la economía, los territorios, las personas naturales y jurídicas. Este documento rector enfatiza la necesidad de que el financiamiento a los sectores priorizados de la economía, el estímulo al ahorro y el acceso a los servicios financieros, sean asegurados en correspondencia con los principios del este modelo.³⁷

Ello permitirá, que sus productos, servicios y procesos puedan satisfacer con efectividad las necesidades financieras de los actores económicos y sociales en el nuevo contexto. El sistema bancario, a través de sus funciones, ejerce una influencia directa y transversal sobre todos los ejes estratégicos de desarrollo económico y social, actividad que sigue siendo un reto.

Permite consignar que, en la última década del siglo XXI, el sistema bancario ha tenido significativos avances en el camino de su perfeccionamiento y modernización, en correspondencia. Uno de los logros más importantes es el proceso de perfeccionamiento institucional que debe garantizar su actualización en correspondencia con los cambios en la economía cubana y las tendencias internacionales. Su expresión legal está en el marco regulatorio de los Decretos Leyes N°. 361, 362 y 363 de 2018, los que amplían, flexibilizan y modernizan la institucionalización, las políticas y la gestión bancaria.

El Derecho Bancario es concebido como un derecho no autónomo, se integra por varias ramas del Derecho a partir del Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Tributario, el Derecho Privado Bancario, y el Derecho Mercantil, con relaciones especiales y peculiares, a la luz del marco técnico-económico en el cual se desarrollan las operaciones bancarias.

Los cambios que experimentan las normativas legales que aplican los Bancos, hacen que éstos se mantengan a la vanguardia con los servicios financieros que ofrecen, con seguridad y transparencia en sus operaciones. El reto de la actividad bancaria como servicio público está identificado en elevación de la efectividad, la eficiencia, la eficacia aplicándose la ciencia e innovación en este, al impactar de forma transversal los procesos del desarrollo de la economía hasta el 2030. Para incidir con ello en una mejor gestión de sus procesos y sus estilos de gestión.

37 Partido Comunista de Cuba, 2017.

4 LA CONTABILIDAD BANCARIA. ANÁLISIS DE SU USO EN LAS AGENCIAS DEL BANCO POPULAR DE AHORRO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO BANCARIO AL SECTOR PRIVADO EN CUBA

El Banco Popular de Ahorra (BPA), fue creado mediante el Decreto-Ley N°. 69 de 1983, el con carácter de banco estatal integrante del sistema bancario nacional (BNC), tiene autonomía orgánica, personalidad jurídica y patrimonio propio, estableciéndose en dicho cuerpo legal su razón social. Su capital fue aportado por el Estado cubano y bajo el precepto de un funcionamiento independiente lo ha ido incrementando, mediante la capitalización de las reservas y ajustes por concepto de corrección monetaria.

El BPA, es conocido como el banco de la familia cubana, toda vez que fomenta el ahorro monetario y custodia más de 2,3 millones de cuentas a la vista y depósitos a término de la población. La Banca de Negocios prioriza la atención de clientes y operaciones seleccionados, atendiendo y asesorando además las necesidades financieras a los trabajadores por cuenta propia y otras formas de gestión no estatal. Como institución financiera diversificada y extendida, administra una red de 424 oficinas, presentes en la casi totalidad de los municipios del país (excepto en La Habana) que oferta una amplia cartera de productos y servicios.

Su misión financiera, está destinada a captar y colocar recursos financieros a través de los productos y servicios que se ofertan, con una orientación de banca universal, es el líder en el segmento de personas naturales. Aquí, hay que significar que, con el uso racional y efectivo del capital humano, el fortalecimiento y desarrollo del mismo y de los recursos tecnológicos con que cuenta, ello garantiza brindarle al cliente una atención integral y de calidad en función de satisfacer sus necesidades.

El Banco, es conocido dentro de la literatura como la entidad de crédito o entidad de depósito, es una empresa financiera que acepta depósitos del público y crea depósitos a la vista, lo que se denomina cuenta bancaria; así mismo proveen otro tipo de servicios financieros, como créditos. La banca, o el sistema bancario, es el conjunto de entidades o instituciones que, dentro de una economía determinada, prestan el servicio de banco. Su capital, ejecuta la acción de la contabilidad bancaria, aportado por el Estado cubano y bajo el precepto de un funcionamiento independiente lo ha ido incrementando, mediante la capitalización de las reservas y ajustes por concepto de corrección monetaria.

El BPA ejerce sus funciones (actividad económica, objeto empresarial o social) a través de su Oficina Central, Dirección Territorial, Direcciones Provinciales (incluye Municipio Especial Isla de la Juventud), Sucursales y Cajas de Ahorro, las cuales aparecen reguladas en el Decreto Ley N°. 69 de 1983, en los Estatutos del BPA y en la Resolución N°. 15 de fecha 4 de noviembre de 1997, del Ministro-Presidente del Banco Central de Cuba (ver gráfica), siendo las siguientes:

4.1. Captar los recursos monetarios temporalmente libres de la población, así como concederle a ésta créditos personales a corto, mediano y largo plazo y prestarle otros servicios bancarios. También puede recibir depósitos en cuentas de ahorro de organizaciones sociales y de masas, y de asociaciones.

4.2. Elaborar, proponer y una vez aprobados, dirigir y ejecutar la política y los planes de ahorro y créditos a la población.

4.3. Participar con el Banco Central de Cuba en la elaboración del Plan de Crédito y del Plan de Caja.

4.4. Dictar los Reglamentos de los planes de ahorro y créditos a la población.

4.5. Pagar intereses por las cuentas de ahorro y cobrar intereses por los créditos personales, conforme a los tipos que apruebe el Consejo de Ministros.

4.6. Realizar operaciones de cobros y pagos a personas naturales y jurídicas por cuenta propia y por cuenta de terceros.

4.7. Fijar y cobrar las tasas por los servicios que presta, según los términos y condiciones que se establezcan.

4.8. Actuar como agente de empresas y sociedades aseguradoras.

4.9. Llevar a cabo la dirección de la actividad a cargo del BPA sobre la base de la planificación estratégica.

4.10. Planificar, organizar, aprobar y administrar la red comercial, según considere necesario para el desarrollo de su actividad.

4.11. Organizar los registros contables, realizar auditorías internas y comprobar la disciplina financiera del BPA, de acuerdo con los lineamientos trazados por el Banco Central de Cuba.

4.12. Evaluar proyectos de inversiones tanto constructivas como financieras, así como proponer y/o ejecutar variantes que aseguren su rentabilidad.

4.13. Lograr una comunicación eficaz, interna y externa, que integre al personal del BPA en un solo cuerpo, fortalezca la identidad corporativa, posicione productos, difunda la calidad de los servicios y establezca vínculos con los diferentes públicos.

4.14. Aprobar la política de selección, formación y promoción de los cuadros y asegurar su aplicación práctica acorde con el desarrollo futuro del BPA.

4.15. Lograr el desarrollo de la capacitación técnica y cultural de los trabajadores, creando condiciones para el mejor aprovechamiento de sus conocimientos y experiencias.

4.16. Atender oportunamente las quejas y reclamaciones que se presenten y dar respuestas dentro del término legalmente establecido.

4.17. Desarrollar todo tipo de actividades lucrativas relacionadas con el negocio de la banca, tanto en moneda libremente convertible como en moneda nacional, que se realicen entre el BPA y los bancos del Sistema Bancario Nacional y otras personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, incluidas las entidades nacionales con participación de capital extranjero.

4.18. Captar, recibir y mantener dinero en efectivo, en depósito a la vista o a término en las modalidades que convenga, registrándolos en sus libros a nombre de sus titulares o mediante claves o signos convencionales, pudiendo emitir por los depósitos recibidos certificados de depósitos a plazo fijo de carácter nominativo en la forma que pacte con el cliente. Reintegrar los depósitos recibidos de acuerdo con los términos que se hayan acordado, ya en efectivo o mediante transferencias a otros depósitos o emitiendo los documentos mercantiles que resulten adecuados o convenientes. Así mismo podrá efectuar depósitos a la vista o a término en otras instituciones financieras nacionales o extranjeras. Determinar cuándo los depósitos recibidos devengarán intereses y fijar el rendimiento de éstos, tomando en consideración los términos y condiciones prevalecientes en el mercado, así como las regulaciones que al efecto dicte el Banco Central de Cuba.

4.19. Conceder préstamos, líneas de créditos y financiamientos de todo tipo a corto, mediano y largo plazos sin garantía o con ella, bajo las modalidades de colateral, prenda, hipoteca y otras formas de gravamen sobre los bienes del deudor o de terceros, estableciendo los pactos y condiciones necesarios para obtener el reintegro del importe adeudado.

4.20. Solicitar y obtener préstamos y créditos a corto, mediano y largo plazos u otras formas de obligaciones o compromisos de dinero que resulten apropiados,

pactando las condiciones en que serán reintegrados y demás términos de los mismos, ya sean con o sin garantías.

4.21. Emitir, aceptar, endosar, avalar, descontar, comprar o vender y en general hacer todas las operaciones posibles con letras de cambio, pagarés, cheques, pólizas y otros documentos mercantiles negociables, así como tramitar cartas de créditos y de garantía en todas sus modalidades, ya sea emitiéndolas, confirmándolas, avisándolas o interviniendo en su negociación.

4.22. Obtener, recibir, y mantener depósitos de valores en custodia y administración, ya sean acciones, bonos u obligaciones, realizando en este último supuesto todas las gestiones necesarias relacionadas con el cobro de intereses, dividendos u otras formas de distribución de utilidades, representando a sus titulares en todas las gestiones de administración, en asambleas de accionistas u otros para los que esté debidamente apoderado.

4.23. Ofrecer servicios de administración de bienes de toda clase, asesoría para operaciones financieras o negocios sobre todo tipo de bienes, resolver consultas para estas operaciones, realizar estudios de facilidad de mercado y en general asesorar sobre cualquier clase de negocio financiero o mercantil.

4.24. Desarrollar operaciones de tesorería, compraventa de monedas, de valores, factoraje, arrendamiento financiero forfaiting y otras modalidades de financiamiento, así como actuar en su carácter de trustee en operaciones de terceros, promotor, agente pagador, o en otro carácter en emisiones u obligaciones.

4.25. Emitir y operar tarjetas de crédito, débito y cualesquiera otros medios avanzados de pago.

4.26. Suscribir acuerdos de cooperación y otras modalidades de asociación e integración económica con entidades nacionales y extranjeras, designar agentes o corresponsales dentro y fuera del país, radicar oficinas de representación, sucursales, subsidiarias y filiales dentro del territorio nacional o en el extranjero, así como participar en la formación del capital y administración de instituciones financieras y no financieras de acuerdo con la legislación vigente.

4.27. Actuar como corresponsal de Bancos Extranjeros y Nacionales y ostentar la representación de los mismos cuando así lo convengan.

Intervenir y participar en negocios y transacciones bancarias nacionales e internacionales legalmente autorizados promovidos por comerciantes, importadores, exportadores, concesionarios, corredores y otros, y actuar como agentes de éstos.

4.28. Realizar otras operaciones bancarias relacionadas con sus clientes que le permitan las leyes de la República de Cuba y las regulaciones del Banco Central de Cuba.

Los Objetivos Estratégicos

4.29. Los objetivos de trabajo se aprueban anualmente por el Consejo de Dirección teniendo presentes los que establece el Banco Central de Cuba para el Sistema Bancario Nacional.

4.30. Mediante negociaciones con los distintos niveles de dirección se establecen los que a cada nivel corresponde.

4.31. El análisis del cumplimiento y la marcha de estos objetivos se efectúan trimestralmente en sesiones extraordinarias del Consejo de Dirección Ampliado, en las que participan, además de sus miembros, los Directores de los órganos territoriales y otros invitados.

4.32. En el BPA existe un Consejo de Dirección en cada uno de los niveles en que se estructura, siendo el único órgano de dirección colectiva, cuya principal función es asistir a la máxima autoridad en su labor de dirigir los asuntos y tareas propias de la Institución a

su cargo, los cuales se integran y funcionan conforme al Reglamento de los Consejos de Dirección del BPA que dicte el Presidente del Banco.

4.33. El personal del BPA se clasifica en cuadros, técnicos, operarios, trabajadores de servicios y trabajadores administrativos según sus respectivas competencias y conforme a la Ley, se encuentran en las mismas categorías establecidas para el Sistema Bancario Nacional.

4.34. Las Direcciones Territorial, Provinciales y del Municipio Especial Isla de la Juventud son parte integrante de la estructura del BPA, que se subordinan directamente a la Oficina Central, y dirigen y desarrollan en la provincia las actividades y objetivos estratégicos del Banco aprobados por su nivel superior de dirección, encabezado por el Presidente del BPA. A ellas se subordinan las Sucursales y Cajas de Ahorro establecidas en sus respectivos territorios. Los Directores Territorial, Provinciales y del Municipio Especial Isla de la Juventud ostentan la representación legal del Banco en las respectivas provincias y demarcaciones.

4.35. Las Sucursales y Cajas de Ahorro son parte integrante de la estructura del BPA, que se subordinan directamente a su Dirección Territorial, Provincial o del Municipio Especial Isla de la Juventud.

4.36. La Sucursal es el eslabón principal del BPA, realiza todos y cada uno de los servicios que presta el Banco, controla las Cajas de Ahorro que se le subordinan y lleva la contabilidad y la estadística.

4.37. Las Cajas de Ahorro son oficinas para la prestación de los servicios y se subordinan a una Sucursal; se establecen en pequeños núcleos poblacionales y en localidades apartadas del medio urbano.

En el análisis de su tracto en el ordenamiento jurídico, se aprecia que el marco legal de la actividad bancaria en su desarrollo, mediante el Decreto Ley N°. 362 de 2018, Sobre los Bancos e Instituciones Financieras no Bancarias, quedó ratificado para las instituciones financieras estatales, su carácter autónomo, personalidad jurídica independiente y patrimonio propio, las que cubrirán sus gastos con sus ingresos y no responderán por las obligaciones del Estado, sus organismos, órganos, empresas y otras entidades económicas.

El BPA aparece formalmente inscripto en el Registro General de Bancos e Instituciones Financieras no Bancarias del Banco Central de Cuba. Es una institución financiera, destinada a captar y colocar recursos financieros a través de productos y servicios, con una orientación de banca universal, líder en el segmento de personas naturales. Con el uso racional y efectivo del capital humano, el fortalecimiento y desarrollo del mismo y de los recursos tecnológicos con que cuenta, garantiza brindar al cliente una atención integral y de calidad en función de satisfacer sus necesidades.

El BPA es líder en la atención a las personas naturales, con un control interno razonable y en fortalecimiento constante, mantiene la mayor Red de Sucursales en el país, dotadas de un sistema informático único. Posee un capital humano profesional, que avanza hacia un desarrollo que le permita alcanzar niveles de competencia superior, comprometido con la prestación de un servicio de calidad, dotado de valores sólidos y principios éticos que garanticen las características que lo distinguen.

Entre los nuevos retos, con la informatización de la sociedad cubana la Banca en Cuba tiene un lugar en el uso de las tecnologías, ejemplo de ello son las aplicaciones tecnológicas con los APK en los celulares, su marco regulatorio se establece en el Decreto Ley N°. 370. Ejemplo de ello son las pasarelas de pago en la web 2.0 En Zona, Transfermóvil, Banca remota y Banca móvil, en las que pueden ejecutar operaciones como:

El cliente cuenta con diferentes herramientas en la banca remota y banca móvil que le ayudan a realizar las diferentes operaciones como son:

Banca Remota: Cliente natural

**** Operaciones****

- Transferencia de saldos
- Amortización de crédito
- Pago de servicios
- Comprobantes
- Aporte al presupuesto
- Cambiar límites

**** Consultas****

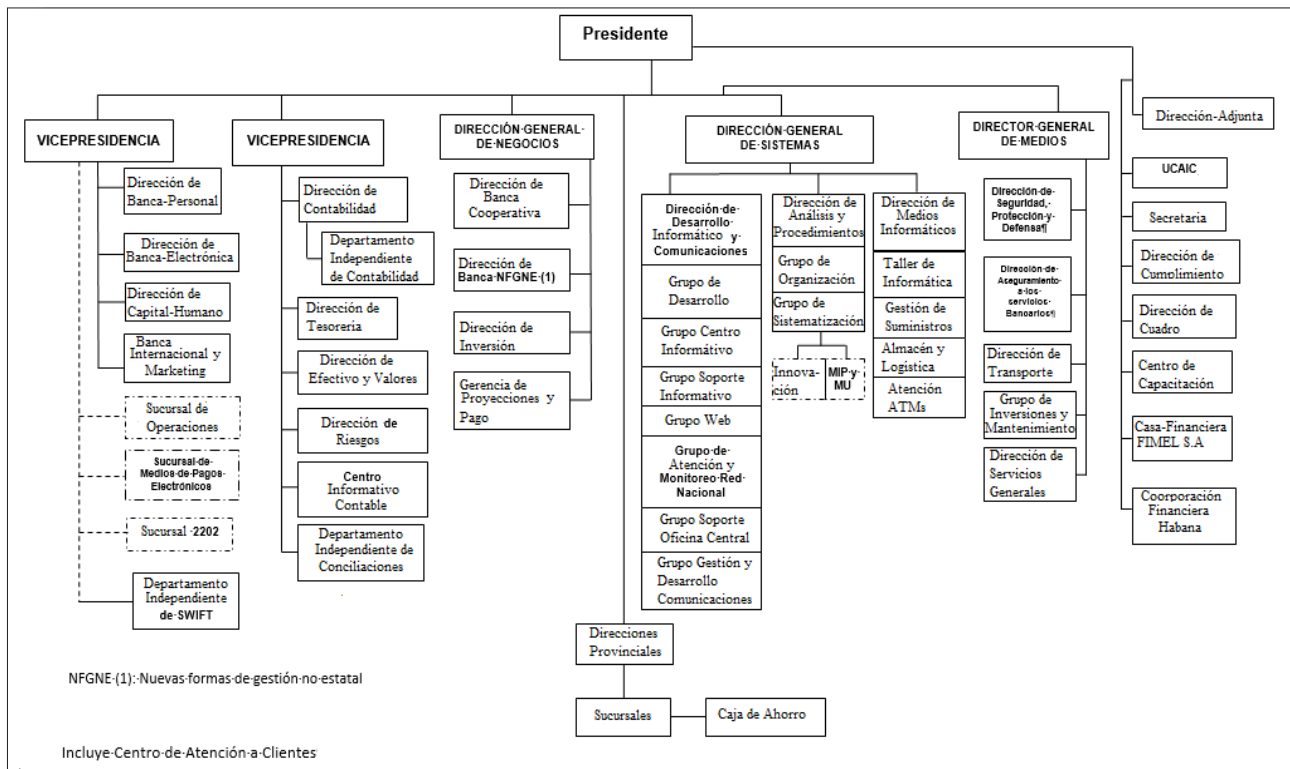
- Consultar productos
- Consultar límites
- Consultar crédito

**** últimos movimientos de sus cuentas****

**** Estados de cuentas****

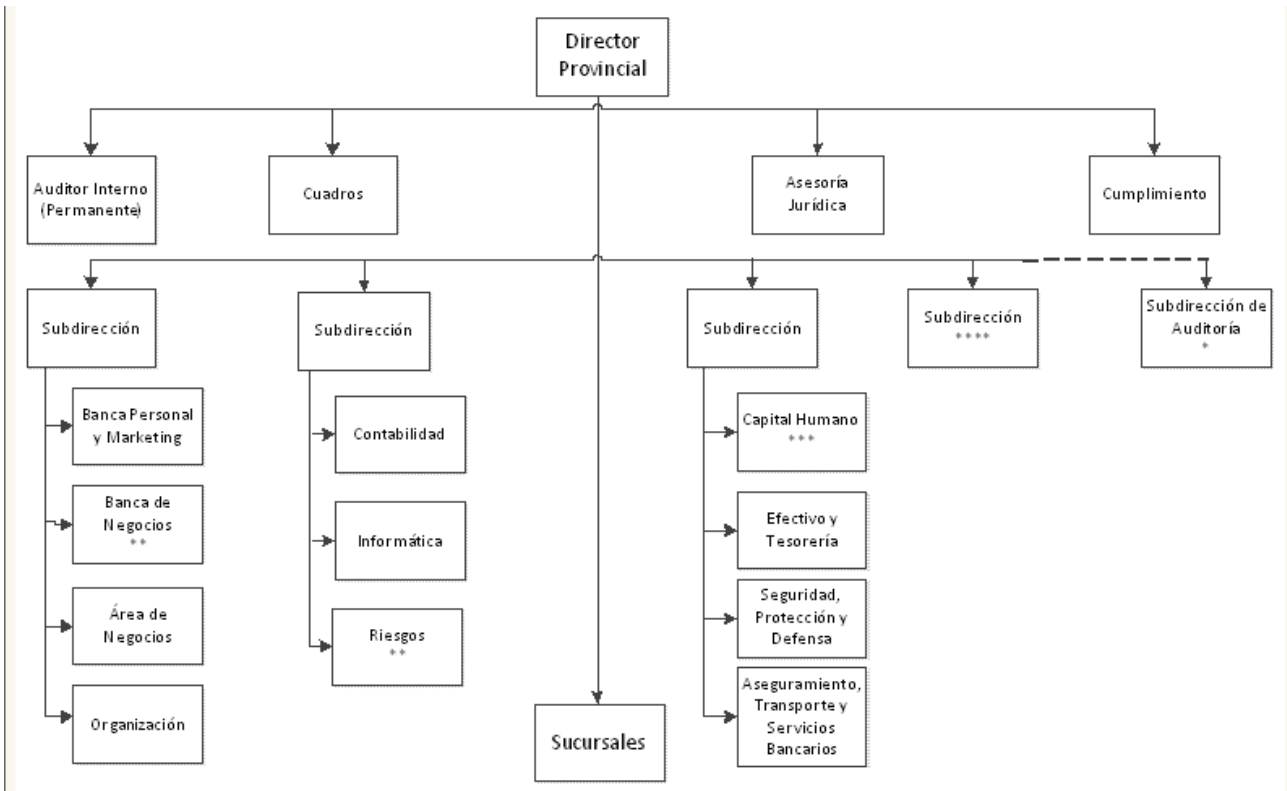
**** Disponibilidad de saldos****

ORGANIGRAMA Oficina Central



Fuente: Manual de Instrucción y Procedimiento del Banco Popular de Ahorro.

DIRECCIONES PROVINCIALES

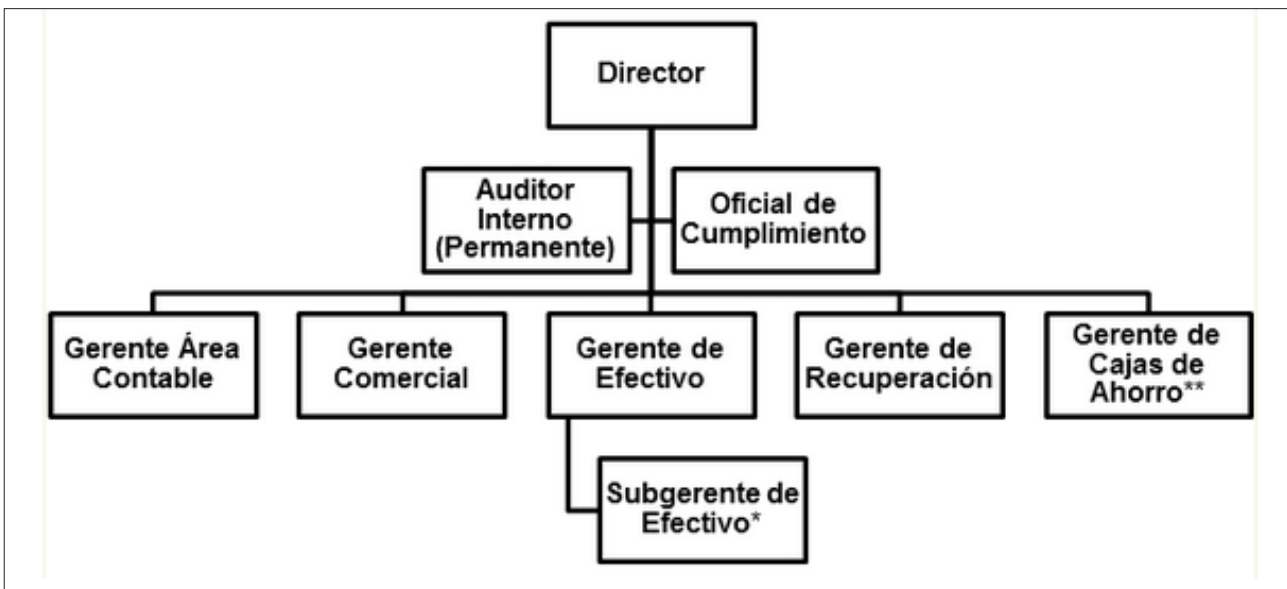


ORGANIGRAMA PROVINCIAL (Excepto: Dirección Territorial Artemisa - Mayabeque; Guantánamo e Isla de la Juventud).

Fuente: Manual de Instrucción y Procedimiento del Banco Popular de Ahorro.

SUCURSALES

Organigrama de Sucursales Grandes



Fuente: Manual de Instrucción y Procedimiento del Banco Popular de Ahorro.

Queda claro que, las nuevas estrategias económicas y sociales marcan la necesidad de actualizar los enfoques estratégicos de la banca cubana, que logre acciones disruptivas que refuercen su impacto en los componentes económico, social y ambiental del desarrollo próspero y sostenible como meta hacia el 2030. Sobre la base de tres pilares fundamentales: la innovación, la disciplina y la constancia.

4.1 Los nuevos retos del BPA identificados en la investigación realizada concomitantes con la prestación de servicios bancarios son:

- Informatizar los procesos e incrementar la conectividad para no crear barreras en la calidad de los servicios en la plataforma web 2.0, que permita revertir las dificultades relacionadas con la organización del servicio en los bancos, la demora en tramitar operaciones y conceder préstamos, entre otras situaciones internas, asociadas a la congestión de trámites presenciales que se deben realizar en las oficinas.

- Fomentar la innovación tecnológica y la pertinencia de la contabilidad. Para revertir la insuficiente infraestructura tecnológica, lo que perjudica la sostenibilidad del servicio para encarar la proyección de un considerable incremento de los canales electrónicos de pago en la plataforma web 2.0 con el pago en CUP y MLC en las apk En Zona y Transfermovil.

- Mitigar la fluctuación del capital humano con políticas que motiven al trabajador en la permanencia del empleo con políticas públicas.

- Ejecutar acciones de capacitación para revertir la insuficiente cultura financiera y preparación del personal bancario en los territorios por parte de la academia y a través spot publicitarios en las redes sociales.

- Fomentar el crédito bancario en el financiamiento a las nuevas formas de gestión no estatal

- Concebir programas de educación financiera a clientes actuales y potenciales que sean conducidos por la academia y la ANEC.

- Otorgar mayor autonomía a las instituciones bancarias.

- Implementar la ciencia y la informatización, estrechamente relacionadas, constituyen dos de los 3 ejes fundamentales en la estrategia cubana de desarrollo.

- Urge la modernización de los cajeros automáticos más obsoletos y perfeccionar las estadísticas monetarias y financieras que son examinadas en el equilibrio de las finanzas internas y en la economía en general.

- Analizar los riesgos inherentes a la actividad bancaria y el análisis del impacto de la Tarea Ordenamiento en la banca, en términos de gestión, estructura, acceso y uso de los servicios.

Sirva este acercamiento con los resultados analizados para conocer el comportamiento y aplicación de la contabilidad bancaria en la Agencia No. 7472 del BPA en el municipio Bayamo, el que puede servir como un material de estudio complementario a los estudiantes de la carrera de ciencias contables.

5 CONCLUSIONES

La Banca tiene su génesis en la ciudad de Babilonia en el siglo XVIII (a.c.) cuando los sacerdotes empezaron a realizar actividades en sus templos, sobre el cuidado del dinero del pueblo, y los préstamos a particulares y a las ciudades. Su marco legal se estableció en el Código de Hammurabi. Se desarrolla en los siglos XVI y XVII en los Montes de Piedad, los que dieron créditos sobre prendas; se fomentó en Europa y en los Estados Unidos de América.

El Derecho Bancario no es un derecho autónomo, se integra por varias ramas del Derecho a partir del Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Tributario, el Derecho Privado Bancario, y el Derecho Mercantil, con relaciones especiales y peculiares, a la luz del marco técnico-económico en el cual se desarrollan las operaciones bancarias.

El Banco Popular de Ahorro está concebido como el banco de la familia cubana, su objetivo es fomentar el ahorro monetario y custodiar las cuentas a la vista y depósitos a término de la población. La Banca de Negocios prioriza la atención de clientes y operaciones seleccionados, atendiendo y asesorando además las necesidades financieras a los trabajadores por cuenta propia y otras formas de gestión no estatal como las Cooperativas No Agropecuarias, y las Pequeñas y Medianas Empresas.

La Contabilidad Bancaria es concebida como la ciencia y técnica que se encarga de brindar información útil para la toma de decisiones económicas. Su tarea consiste en estudiar el patrimonio y reflejar los resultados en estados contables o financieros, que suponen el resumen de una situación económica, los nuevos retos, con la informatización con en el uso de las tecnologías es fomentar las aplicaciones tecnológicas con los apk en la pasarela de pago en la web 2.0 En Zona, Transfer móvil, Banca remota y banca móvil.

REFERENCIAS

ÁLVAREZ PEDROSA, J.. (2004) *Historia y Leyes de los Hititas*. Editorial AKAL. España.

CÁRDENAS, 1989.

COLE, J.. (2014) *Dinero y Banca*. 9ª edición. Editorial Universidad Francisco Marroquín.

DE ARANGO Y PARREÑO, F.. (1952) *Obras*. Dirección de Cultura. La Habana.

GOLDSCHMIED, L.. (1961) *Historia de la Banca*. Editorial UTEHA, México.

GÓMEZ, A.. (1982) *Historia de la Banca. Servicio Nacional de Aprendizaje*. Disponible en: https://repositorio.sena.edu.co/bitstream/11404/1779/1/unidad_01_historia_de_la_ba

GUZMÁN HOLGUÍN, R.. (2012) *Derecho Bancario y operaciones de crédito*. 4ª edición, Editorial Porrúa, México.

LE RIVEREND, J.. (1972) *Historia económica de Cuba*. Barcelona. nca.pdf.

OMEÑACA GARCÍA, J.. (2017) *Contabilidad General*. Editorial Deusto, España.

PÉREZ RAMÍREZ, J.. (2001) *Contabilidad Bancaria*. Editorial Mac Graw Hill, España.

PICHARDO, H.. (1972) *Documentos para la Historia de Cuba*. Editorial Instituto Cubano del Libro. La Habana.

RIBÓ DURÁN, L.. (1995) *Diccionario de Derecho*. Editorial Lex. España.

RUIZ TORRES, H.. (2012) *Derecho Bancario*. Editorial Oxford, 9ª edición, México.

URÍA, R.. (2001) *Curso de Derecho Mercantil*. Editorial Marcial Pons, España.

VILAR, P.. (1969) *Oro y moneda en la historia*. Editorial Ariel, 2ª edición, España.

Disposiciones normativas

Constitución de la República de Cuba, G. O. E. No. 5 de 10 abril de 2019.

Decreto Ley No. 69 de 1983.

Decreto Ley No. 172 de 1997.

Decreto Ley No. 173 de 1997.

Decretos Ley No. 361 de 2018.

Decreto Ley No. 362 de 2018.

Decreto Ley No. 363 de 2018.

Decreto Ley No. 370 de 2018.

Decreto-Ley No 44, Sobre el ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia. G.O.O. No. 94 de 19 de agosto 2021.

Decreto-Ley No 46, Sobre las micro, pequeñas y medianas empresas. G.O.O. No. 94 de 19 de agosto 2021.

Decreto-Ley No 47, De las Cooperativas No Agropecuarias. G.O.O. No. 94 de 19 de agosto 2021.

Ley No. 59, Código Civil Cubano, G. O. E. No.

Ley No. 107, De la Contraloría General de la República, G.O.E. No. 34 de agosto 2017.

Ley No. 113, Del Sistema Tributario, G.O. O. No. 53 de 21 de noviembre de 2012.

Ley No. 118, De la Inversión Extranjera. G. O. E. No. 20 de 16 de abril de 2014.

Partido Comunista de Cuba, 2017.

Recebido em: 12.12.2022

Aprovado em: 28.12.2022

Como citar este artigo (ABNT):

La contabilidad bancaria: análisis de su implementación en el banco popular de ahorro. SANTIESTEBAN, Gilberto Fonseca; SOSA, Sandy Rodríguez; SÁNCHEZ, Alcides Antúnez. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.47, p.13-31, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2023/03/DIR47-01.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

OS DIREITOS DOS REFUGIADOS E A LEI Nº 9.474/1997: UMA ANÁLISE SOB A ÓPTICA DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO DE MANUEL ATIENZA

REFUGEE RIGHTS AND LAW NO. 9,474/1997: AN ANALYSIS FROM THE VIEW OF MANUEL ATIENZA'S THEORY OF LEGISLATION

Elisa Cardoso Ferretti¹
Janete Rosa Martins²
João Martins Bertaso³

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo central o estudo da Teoria da Legislação proposta por Manuel Atienza no contexto da política migratória brasileira, especificamente com relação Lei nº 9.474/1997. Observando o descrédito existente na seara legislativa brasileira, bem como o contexto complexo envolvendo a crise migratória global, objetiva-se, por meio de uma análise interdisciplinar, filtrar o teor do art. 7º, §1º, da Lei do Refúgio, através dos níveis de racionalidade propostos por Atienza, questionando-se se o artigo supracitado subsiste racional e efetivamente no ordenamento jurídico brasileiro, considerando as perspectivas restritivas adotadas pela estrutura governamental e os processos de exclusão social de refugiados em território nacional. Para tanto, desenvolve-se o estudo com base na utilização de método hipotético-dedutivo e procedimento bibliográfico, na medida em que se destaca, enquanto hipótese inicial, a parcial irracionalidade da Lei do Refúgio, no particular do art. 7º, §1º, que materializa o princípio do *non-refoulement*. Pode-se verificar, a partir do estudo realizado, que a referida norma subsiste de forma parcialmente irracional no ordenamento jurídico brasileiro, necessitando de uma abordagem interdisciplinar para que possa atender aos verdadeiros preceitos humanitários e à rede normativa existente em favor dos refugiados à nível nacional e internacional.

Palavras-chave: direito dos refugiados; lei nº 9.474/1997; níveis de racionalidade; teoria da legislação.

ABSTRACT: The main objective of this article is to study the Theory of Legislation proposed by Manuel Atienza in the context of Brazilian immigration policy, specifically in relation to the Law nº 9.474/1997. Observing the existing discredit in the Brazilian legislative field, as well as the complex context involving the global migratory crisis, the objective is, through an interdisciplinary analysis, to filter the content of art. 7, §1, of the Refuge Law, through the levels of rationality proposed by Atienza, questioning whether the aforementioned article subsists rationally and effectively in the Brazilian legal system, considering the restrictive perspectives adopted by the governmental structure and the processes of social exclusion of refugees in national territory. Therefore, the study is developed based on the use of a hypothetical-deductive method and bibliographic procedure, insofar as it highlights, as an initial hypothesis, the partial irrationality of the Refuge Law, of art. 7, §1, which materializes the principle of non-refoulement. It can be seen from the study carried out that the norm subsists in a partially irrational way in the Brazilian legal system, requiring an interdisciplinary approach so that it can meet true humanitarian precepts and the existing normative network in favour of refugees at national and international level.

Keywords: refugee law; law no. 9,474/1997; levels of rationality; theory of legislation.

1 Mestranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus Santo Ângelo/RS. Especialista em Direito Civil pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade Legale. Bolsista CAPES/PROSUC. Membro do Grupo de pesquisa Conflito, Cidadania e Direitos Humanos, vinculado à Linha de Pesquisa "Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos".

2 Doutora em Ciências Sociais pela UNISINOS, São Leopoldo/RS. Mestre em Direito pela UNISC, Santa Cruz do Sul/RS. Especialista em Direito Público pela UNIJUI, Ijuí/RS. Professora da Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado. Editora da Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas, pertencente ao Grupo de pesquisa Conflito, Cidadania e Direitos Humanos, vinculado a Linha de Pesquisa II – Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos. Pesquisadora em Mediação da Universidade regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – campus de Santo Ângelo/RS. Orcid nº: <https://orcid.org/0000-0002-8014-8237>.

3 Pós-Doutor pela Unisinos. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina/UFSC. Especialista em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria/UFMS. Líder de Grupo de Pesquisa "Novos Direitos na Sociedade Globalizada" no CNPq. Doutor Pesquisador vinculado a URI – Universidade Regional Integrada, de Santo Ângelo/RS. Coordenador Acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da URI/Ângelo/RS.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro enfrenta, na atualidade, desafios constantes para a efetivação de seu vasto corpo normativo, carregando consigo significativas dificuldades para confrontar os complexos problemas enraizados na realidade social contemporânea, especialmente os entraves para a efetivação de direitos, para a implementação de políticas públicas e para a criação de uma sociedade verdadeiramente livre, justa e solidária. Dentre as tensões subsistentes no contexto brasileiro, verifica-se a profundidade da crise legislativa vivenciada, considerando que a produção das leis se encontra distante das camadas sociais mais vulneráveis e a aplicação de seus preceitos, fragilizada por episódios de discricionariedade judiciária, inviabilizam uma análise aprofundada dos desafios sociais.

Por essa razão, o presente trabalho possui como foco desenvolver um breve estudo sobre a Teoria da Legislação proposta pelo professor Manuel Atienza, utilizando como ponto exemplificativo, a Lei do Refúgio (Lei 9.474/1997), com o objetivo de demonstrar algumas de suas ineficiências perante a realidade social brasileira. Assim, a problemática a ser enfrentada direciona-se à análise do teor do art. 7º, §1º da Lei 9.474/1997, através dos níveis de racionalidade propostos pelo autor de referência, observando o contexto legislativo e sua efetividade no cenário social, envoltos em delicados processos excludentes da população refugiada no decorrer da maior crise migratória da história global. Portanto, no presente estudo, questiona-se se o artigo supracitado subsiste racional e efetivamente no ordenamento jurídico brasileiro, considerando as perspectivas restritivas adotadas pela estrutura governamental para o tratamento de refugiados.

Para desdobramento da pesquisa elege-se o método hipotético-dedutivo e procedimento bibliográfico, na medida em que se destaca, enquanto hipótese inicial, a parcial irracionalidade da Lei do Refúgio, no particular do art. 7º, §1º, que materializa o princípio do *non-refoulement* e para o qual subsistem inúmeras violações na realidade prática. Objetiva-se trabalhar em um primeiro momento com uma breve explicitação acerca da Teoria da Legislação elaborada por Manuel Atienza, abordando os níveis de racionalidade que o autor apresenta para fazer frente aos desafios da crise legislativa. Em um segundo momento, apresentam-se os principais instrumentos normativos de proteção dos refugiados, nacional e internacionalmente. Por fim, buscando contextualizar a realidade dos deslocamentos forçados, intenta-se aplicar tais nuances teóricas com relação a elaboração do art. 7º, §1º, da Lei 9.474/1997, analisando sua efetividade no contexto migratório brasileiro, altamente fragilizado diante da adoção de políticas migratórias restritivas e excludentes.

2 A TEORIA DA LEGISLAÇÃO E OS NÍVEIS DE RACIONALIDADE LEGISLATIVA DE MANUEL ATIENZA

A compreensão da importância do momento de produção legislativa e de todos os procedimentos, órgãos, disciplinas, discussões e atores que lhe estão imbricados permanece rodeada de incertezas e descrédito na realidade jurídica brasileira. O momento de condensar as diretrizes e preceitos jurídicos em normas escritas, futuramente aplicáveis à regulação do ambiente social, envolve inúmeras constantes interrelacionadas e representa um dos estágios mais relevantes da organização do ordenamento jurídico. Nesse aspecto, em que pese consista na base de toda a estrutura jurídica, política e social, a produção legislativa perde terreno para as teorizações atinentes à interpretação e aplicação das leis, permanecendo o Estado Democrático de Direito sob frágeis bases normativas e uma intensificação dos episódios de ativismo judicial.

Uma abordagem precisa sobre a composição dos processos legislativos e a forma como seus componentes podem ser reajustados para um melhor funcionamento, pouco fazem parte das discussões jurídicas atuais. A motivação para essa ausência de interesse, conforme destaca Roberta Simões Nascimento⁴, advém da tradição jurídica formalista, a exemplo do sistema brasileiro, em visualizar as leis enquanto produto totalmente finalizado em que sua modificação ou melhoramento ficam restritos ao momento de sua interpretação e aplicação, etapa na qual, o protagonismo recai sobre o Poder Judiciário. Assim, convive-se com a permanência de leis deficitárias em suas bases procedimentais, contrárias a uma realidade social burocratizada e altamente judicializada.

Nesse contexto, o trabalho desenvolvido por Manuel Atienza busca dissecar, de forma pormenorizada, inúmeros aspectos existentes no processo legislativo, objetivando um aprofundamento teórico e prático que permita com que tais elementos confluem na produção de normas jurídicas dotadas de maior racionalidade e integridade. Um procedimento íntegro, portanto, permite inovações legislativas mais benéficas e efetivas para seus destinatários, de forma que possam ser inseridas no ordenamento jurídico em atenção aos princípios democráticos e constitucionais que guiam o desenvolvimento em sociedade.

Tais delineamentos são de extrema relevância para contextualizar a teoria de Manuel Atienza⁵, considerando que são fundamentais para o enfrentamento de pontuais desafios, ou ainda, como evidenciado pelo autor, objetivos relevantes para os estudos dos processos de elaboração legislativa, dos quais destacam-se: a) articulação de saberes heterogêneos para que seja possível uma análise aprofundada e interdisciplinar; b) estabelecimento de uma diferenciação entre técnica e teoria, uma vez que os estudos transitam por aspectos de implementação de campos práticos e teóricos; c) constante busca pela compreensão e superação da crise em curso, de modo que a técnica e teoria não podem ser ideologicamente utilizadas para encobrimento dos problemas⁶.

Preceituados os desafios, o objetivo central encontra-se em pormenorizar as etapas e elementos que fazem parte do processo legislativo e, destacando a forma como tais partes interagem entre si, torna-se possível estipular as interferências que cada qual receberá a partir da filtragem pelos cinco diferentes níveis de racionalidade e o recente nível da metarracionalidade, desenvolvidos pelo autor. Segundo Atienza⁷, os diversos tipos/níveis de racionalidade articulam-se entre si, possibilitando que sejam interpretados e aplicados de forma diversa para cada elemento parte da legislação e, ao final, possam confluir para a consecução de uma legislação íntegra, clara e coerente.

Dessa forma, a formulação da legislação comporta a correlação entre editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores, de forma que “O produto dessas interações são as leis, as quais constituem o ponto de partida para a interpretação e aplicação do direito”⁸. Todos

4 NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa na Espanha e no Brasil: análise dos cenários das leis sobre a violência contra a mulher*. Tese de Doutorado apresentada como requisito para obtenção do título de Doutora em Direito pela Universidade de Alicante (UA), Espanha, e pela Universidade de Brasília (UnB), em regime de cotutela internacional. Alicante/Brasília, 2018.

5 ATIENZA, Manuel. *Contribución para una teoría de la legislación*. Texto de la ponencia presentada por el autor al tercer Congreso de la Federación de Asociaciones de Sociología del Estado Español, San Sebastián, 1989.

6 ATIENZA, Manuel. *Contribución para una teoría de la legislación*. Texto de la ponencia presentada por el autor al tercer Congreso de la Federación de Asociaciones de Sociología del Estado Español, San Sebastián, 1989.

7 ATIENZA, Manuel. *Contribución para una teoría de la legislación*. Texto de la ponencia presentada por el autor al tercer Congreso de la Federación de Asociaciones de Sociología del Estado Español, San Sebastián, 1989.

8 NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa na Espanha e no Brasil: análise dos cenários das leis sobre a violência contra a mulher*. Tese de Doutorado apresentada como requisito para obtenção do título de Doutora em Direito pela Universidade de Alicante (UA), Espanha, e pela Universidade de Brasília (UnB), em regime de cotutela internacional. Alicante/Brasília, 2018, p. 47.

esses distintos elementos, observados de diferentes maneiras através das lentes dos níveis de racionalidade elaborados por Atienza, possibilitam um melhor direcionamento para o trabalho legislativo, bem como a proposição de técnicas adequadas ao melhoramento das normas jurídicas, observando os valores constitucionais que guiam o Estado Democrático de Direito.

Os níveis de racionalidade elaborados pelo autor, inicialmente em um conjunto de cinco – necessário destacar a superveniência recente do nível de metarracionalidade, a *razoabilidadade* (R6), conforme será oportunamente mencionado no trabalho – são direcionados, cada qual, a determinados objetivos a serem alcançados pelo processo legislativo e pensados a partir de uma análise interna e externa. Segundo Adalberto Narciso Hommerding⁹, em um viés interno, cada nível repercutirá nos elementos que fazem parte do processo legislativo, auxiliando a diferenciar as disciplinas, a definir a racionalidade e a sugerir técnicas para o incremento da produção legal; já externamente, vão operar nas relações articuladas entre os diferentes níveis de racionalidade. Sem desconsiderar o fato de que todos os níveis se interrelacionam para atingir o ideal de racionalidade do produto, qual seja, a legislação, faz-se importante empreender uma análise individual sobre os caracteres que os compõe e como cada um abarca os elementos que fazem parte do processo legislativo.

Primeiramente, o nível 1 é representado pela *racionalidade linguística* ou *comunicativa* (R1). Neste nível, o aspecto central é a possibilidade de que o emissor seja capaz de transmitir uma mensagem (a lei) com fluidez ao receptor (destinatário), caso em que a lei será considerada racional. Segundo Hommerding¹⁰, os elementos legislativos são visualizados dentro desse esquema comunicativo, de modo que o *sistema jurídico* é compreendido enquanto uma série de enunciados linguísticos, como um sistema de informação, possibilitando que a mensagem legal seja efetivamente repassada do *emissor* (editor da lei) ao *receptor* (destinatário da lei), a partir de uma linguagem comum. A lei, nesse contexto, por meio do estabelecimento de canais comunicativos claros, vai ser a ponte entre o editor e o destinatário, a fim de que se consiga atingir os seus *fins*, notadamente, a transmissão e compreensão da mensagem final, respeitando os *valores* que justificaram o processo¹¹.

O segundo nível, por sua vez, envolve questões sistemáticas mais amplas, sendo denominado de *racionalidade jurídico-formal* (R2). Para atender a este campo, a lei necessita ser inserida de forma harmoniosa no *sistema jurídico*, este compreendido enquanto o conjunto das normas válidas existentes dentro do ordenamento jurídico¹². Nesse caso, o *editor* da lei e o *destinatário* são tanto órgãos quanto indivíduos designados pelo ordenamento legal, buscando o *fin* almejado, que, no caso, corresponde ao alcance, pelo processo legislativo, de um certo grau de sistematicidade, ou seja, um sistema em que estejam presentes os *valores* de segurança, liberdade e igualdade, de normas sem lacunas, que se tenham claramente previstas as condutas e suas consequências e seja possível a manutenção do ordenamento jurídico de forma regular¹³.

Já a *racionalidade pragmática* (R3), representando o terceiro nível, visa adequar a conduta dos destinatários às prescrições elencadas na legislação, possuindo uma visão mais ligada ao comportamento social dos indivíduos. Conforme explana Nascimento: “Trata-se da chamada eficácia social da lei, o que faz com que a lei seja obedecida espontaneamente e

9 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

10 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

11 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

12 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

13 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

se converta 'Direito em ação' (eficaz)"¹⁴. Logo, o *editor* da lei inclui os soberanos políticos, isto é, aqueles que possuem o poder de mando e influência; os *destinatários*, por outro lado, elencados como aqueles a quem se dirige a prescrição legal e as consequências dela decorrentes, identificam-se como aqueles que devem obediência aos primeiros; o *sistema jurídico* vai ser entendido como um conjunto de normas eficazes, dentro do qual busca-se atender ao *fin* precípua de fazer com que a lei seja efetivamente obedecida, observando os *valores* sociais¹⁵.

Atingindo o quarto nível, encontra-se diante da chamada *racionalidade teleológica* (R4), a partir do qual o objetivo principal é fazer com que a lei alcance os fins sociais pretendidos. Nesse horizonte, os *editores* representam aqueles que possuem interesses sociais, particulares ou gerais no assunto tratado; os *destinatários* são os particulares, órgãos administrativos, indivíduos ou grupos que não façam parte da aplicação e cumprimento da norma; o *sistema jurídico* é encarado enquanto meio para que sejam alcançados os *fins*, que podem variar entre a melhora na economia, na educação, nas condições sanitárias, na redistribuição de riquezas, na redução do desemprego, entre outras, justificados por *valores* éticos¹⁶.

A *racionalidade ética* (R5), por sua vez, corresponde ao quinto nível, sendo aplicado de forma mais teórica para uma releitura ética dos demais níveis, de modo que todos os processos, condutas, valores, fins e elementos devem ter uma justificação ética. Nesse caso, os *editores* são elencados como aqueles legitimados em determinadas circunstâncias a exercer o poder normativo sobre outros, o que, conseqüentemente, indica que os *destinatários* possuem obrigação ética de obedecer às leis elaboradas; o *sistema jurídico*, subsistindo enquanto conjunto de normas e comportamentos que se enquadram como éticos, busca alcançar os *fins* como a liberdade, a igualdade e a justiça, informados por *valores* como a dignidade humana¹⁷.

Recentemente, acrescentou-se no estudo o nível de metarracionalidade, envolvendo a análise da *razoabilidade* (R6). O ponto central, segundo Manuel Atienza, encontra-se na "[...] exigência de que exista um equilíbrio, uma ponderação, na hora de obter as finalidades anteriores: o sacrifício de algum desses fins (se não de todo, pelo menos em alguma medida) tem que se fazer a um custo razoável"¹⁸. A razoabilidade, dessa forma, dentro do contexto legislativo, não carrega a mesma conotação da seara judicial, remetendo a uma noção de proporcionalidade nas razões a serem consideradas para a efetiva regulamentação da realidade social e sua concatenação no ordenamento jurídico.

Com efeito, a teorização de Atienza não progride apenas no aparato teórico, propondo importantes mecanismos para incremento da racionalidade na prática legislativa¹⁹. Em que pese a interrelação entre os níveis abordados, a presença de irracionalidades no produto legal pode variar de acordo com a sua manifestação ou não em quaisquer dos níveis entre R1-R4, ressaltando-se, contudo, que um defeito ético, ou

14 NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa na Espanha e no Brasil: análise dos cenários das leis sobre a violência contra a mulher*. Tese de Doutorado apresentada como requisito para obtenção do título de Doutora em Direito pela Universidade de Alicante (UA), Espanha, e pela Universidade de Brasília (UnB), em regime de cotutela internacional. Alicante/Brasília, 2018, p. 48.

15 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

16 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

17 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

18 ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentação jurídica*. Trad. Claudia Roesler. Curitiba: Alteridade, 2017, p.179.

19 NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa na Espanha e no Brasil: análise dos cenários das leis sobre a violência contra a mulher*. Tese de Doutorado apresentada como requisito para obtenção do título de Doutora em Direito pela Universidade de Alicante (UA), Espanha, e pela Universidade de Brasília (UnB), em regime de cotutela internacional. Alicante/Brasília, 2018, p. 48.

seja, uma irracionalidade em R5, conseqüentemente redundará na inconstitucionalidade de referida lei, dada sua correlação com a rede principiológica, ética e moral que embasa o equilíbrio do ordenamento jurídico brasileiro²⁰.

Dessa forma, visando cooperar na elaboração de leis mais racionais, íntegras e atentas aos fundamentos, princípios e diretrizes constitucionais, bem como para a garantia de direitos humanos e fundamentais dos indivíduos pertencentes ao contexto social contemporâneo, objetiva-se, ainda que de maneira breve, aplicar a Teoria da Legislação para filtrar a norma presente no art. 7º, §1º, da Lei 9.474/1997, a Lei do Refúgio, através dos níveis de racionalidade considerados no primeiro ponto, analisando o contexto legislativo e social, bem como abordando os incisivos processos excludentes da população refugiada no contexto de um dos maiores fluxos migratórios da história.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS NA SEARA NORMATIVA

O cenário contemporâneo encontra-se abalado com a expressividade da crise migratória em curso, envolta em alarmantes números que crescem progressivamente. Nessa equação, contabilizaram-se mais de 89,3 milhões de indivíduos deslocados de forma forçada pelo mundo no decorrer do ano de 2021, segundo dados do relatório *Global Trends*, anualmente atualizado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados²¹. Fazem parte dos números globais cerca de 27,1 milhões de refugiados, 53,2 milhões de deslocados internos, 4,6 milhões solicitantes de asilo e 4,4 milhões de venezuelanos buscando abrigo no exterior²², de forma que, comparando-se com os números do ano anterior, observa-se um acréscimo de 6,9 milhões de indivíduos nos números totais, dentre os quais, especificamente, 700 mil refugiados, para os quais já se faz necessário considerar a fuga massiva de ucranianos em situação de refúgio²³.

Nesse cenário, embora o recebimento dos refugiados em território brasileiro não seja em grande escala se comparado aos países do Norte global, a magnitude dos fluxos migratórios suscita a preocupação de toda a sociedade internacional, reivindicando uma atuação cooperativa em matéria migratória, de forma a contribuir com o desenvolvimento de legislações e práticas de acolhimento efetivas. Os números das solicitações de refúgio em solo brasileiro oscilam anualmente a depender dos acontecimentos locais, regionais e globais que obrigam a movimentação transfronteiriça, especialmente em decorrência dos sucessivos fechamentos de fronteira que diminuíram consideravelmente as solicitações de refúgio. Como se observa do relatório elaborado pelo Observatório das Migrações Internacionais em conjunto com demais entidades, em 2020 “[...] o Brasil recebeu 28.899 solicitações de reconhecimento da condição de refugiado, o que significa uma variação negativa de -65,0%, se comparado ao ano de 2019, quando o país recebeu 82.552 solicitações [...]”²⁴, números, contudo, que são reflexo das práticas migratórias restritivas adotadas no país.

Ressalte-se que o Brasil, em tempos recentes, ainda que os números oficiais possam apresentar variações mais baixas no período da pandemia – em razão do fechamento das

20 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

21 UNHCR. *Global Trends*. Forced Displacement in 2021. 2022.

22 UNHCR. *Global Trends*. Forced Displacement in 2021. 2022.

23 Ressalta-se que os números em questão estão em constante acréscimo, especialmente em decorrência do conflito entre Ucrânia e Rússia que segue mobilizando a fuga de milhões de indivíduos. Dessa forma, segundo dados apurados pelo ACNUR, até maio de 2022, somavam-se mais de 100 milhões de pessoas deslocadas de forma forçada, ou seja, 1 a cada 76 indivíduos da população mundial (UNHCR. *Global Trends*. Forced Displacement in 2021. 2022).

24 SILVA, G. J. *et.al. Refúgio em Números*. 6.ed. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Comitê Nacional para os Refugiados. Brasília, DF: OBMigra, 2021, p.09.

fronteiras –, permanece experienciando as particularidades de um grande fluxo de deslocados advindos da nação venezuelana, a qual, atingida pela severidade da crise socioeconômica, migratória e das violações de direitos humanos em seu território, representa, na atualidade, um dos países com maior número de deslocados forçados, somando mais de 4,4 milhões de indivíduos²⁵. Nesse aspecto, a proximidade com o território brasileiro colocou à prova as políticas migratórias locais, demonstrando o longo caminho para que a legislação seja na prática, tão avançada quanto na teoria.

Em termos breves, sem desconsiderar o vasto mérito histórico que se faria relevante mencionar, o desenvolvimento do Direito Internacional dos Refugiados e de seu aparato normativo iniciou sua estruturação com a vigência da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, limitada geográfica e temporalmente para abarcar como destinatários apenas indivíduos deslocados da Europa antes de 1951. Na lição de Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto²⁶, a limitação perpetrada pela Convenção trouxe empecilhos para o reconhecimento de refugiados de outros países, demonstrando-se inviável para conter o aumento das massas de deslocados, sendo editado, por essa razão, o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967, na tentativa de sua ampliação. A efetiva extensão da proteção dos direitos dos refugiados ocorreu em nível regional, a partir de dois destaques importantes: primeiramente a Convenção de 1969 da Organização da Unidade Africana (OUA) abarcando um tratamento de cunho mais humanitário para os deslocados forçados e, na América Latina, a assinatura da Declaração de Cartagena em 1984, potencializando as políticas de acolhimento, bem como apontando a definição ampliada do conceito de refugiado para abarcar, especialmente, as massivas violações de direitos humanos enquanto motivação para busca do refúgio²⁷.

Em linhas gerais, no ordenamento jurídico brasileiro, o arcabouço jurídico que trata do refúgio foi recepcionado de maneira detalhada e atenta aos ditames migratórios globais, além de observar os aspectos constitucionais e principiológicos nacionais. Conforme Luiz Sales do Nascimento²⁸, fazendo parte do bloco de constitucionalidade, a Convenção de 1951 foi inserida na normativa jurídica nacional por meio do Decreto nº 50.125 de 1961, mantendo sua versão originária restritiva; o Protocolo de 1967 pelo Decreto nº 70.946 de 1972, com as respectivas alusões a um novo conceito relativamente mais amplo; e, finalmente, suprimindo a reserva geográfico-temporal, a Declaração de Cartagena foi plenamente aderida por meio do Decreto nº 98.602 de 1989.

Nesse contexto, segundo Barreto²⁹, o Brasil contava, inicialmente, com as disposições até então encabeçadas por força da Resolução Nacional nº 17 do Conselho Nacional de Imigração que possibilitou o recebimento de indivíduos na qualidade de estrangeiros temporários, a Portaria Interministerial nº 394 que começava a delinear uma dinâmica mais eficiente com relação a proteção dos refugiados, a atuação de extrema relevância das Cáritas Arquidiocesanas de São Paulo e do Rio de Janeiro, além de outros documentos gradualmente elaborados. Porém, tais medidas não demonstravam ser suficientes em razão do aumento do fluxo de refugiados advindos da Angola, da República Democrática

25 UNHCR. *Global Trends. Forced Displacement in 2021*. 2022.

26 BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. A Lei Brasileira de Refúgio: Sua história. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

27 BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. A Lei Brasileira de Refúgio: Sua história. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

28 NASCIMENTO, Luiz Sales do. *A cidadania dos refugiados no Brasil*. 2.ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.

29 BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. A Lei Brasileira de Refúgio: Sua história. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

do Congo, da Libéria e da ex-Iugoslávia³⁰.

Dessa forma, estando a política migratória em constante revisão, o marco legal que conferiu início à regulamentação e aprofundamento das ferramentas necessárias para receber os documentos internacionais e estabelecer diretrizes protetivas mais significativas deu-se com a Lei 9.474 de 1997, a Lei do Refúgio. Referida legislação define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, além de criar o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), instituindo suas responsabilidades para guiar a política migratória nacional, especialmente, sua atuação na análise dos pedidos de reconhecimento da condição de refugiado e coordenação das ações necessárias para proteção, assistência e apoio em território brasileiro³¹.

A Lei do Refúgio, congregando elementos de variados documentos globais, apresenta um dos corpos normativos mais avançados em matéria migratória, com destaque especial ao seu artigo 1º que adota a definição ampliada de refugiado³². Dessa forma, a legislação possibilita um leque amplo de possíveis respostas às solicitações de reconhecimento de refugiados, uma vez que abarca as diferentes razões que motivam a ocorrência dos deslocamentos forçados, dispendo que será reconhecido como refugiado aquele indivíduo que empreender fuga de seu país em razão de fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social, opiniões políticas ou em função de grave e generalizada violação de direitos humanos³³.

Outro aspecto de extrema relevância faz referência à importância da disposição presente no art. 7º da lei em comento e ponto de destaque na análise a ser empreendida no presente trabalho. Correspondendo à seção que aborda sobre o ingresso do refugiado no território nacional e do pedido de refúgio, o artigo citado implementa, em seu parágrafo primeiro, o princípio basilar de toda a rede de proteção dos refugiados internacionalmente, qual seja, o princípio do *non-refoulement* ou da não devolução. Nesse norte, dispõe o art. 7º, em sua integralidade:

Art. 7º O estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível.

§ 1º Em hipótese alguma será efetuada sua deportação para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.

§ 2º O benefício previsto neste artigo não poderá ser invocado por refugiado considerado perigoso para a segurança do Brasil.³⁴

30 BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. A Lei Brasileira de Refúgio: Sua história. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

31 BRASIL. *Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília: Presidência da República, 1997.

32 A definição ampliada de refugiado encontra-se disposta no Art. 1º da Lei 9.474/1997: "Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.". In: BRASIL. *Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília: Presidência da República, 1997, s.p.

33 BRASIL. *Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília: Presidência da República, 1997.

34 BRASIL. *Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília: Presidência da República, 1997, s.p., grifo nosso.

Em termos breves, o princípio do *non-refoulement*, originariamente previsto no art. 33 da Convenção de 1951³⁵, é o núcleo essencial para embasar o desenvolvimento de políticas migratórias efetivas para a proteção dos direitos dos refugiados, de forma que os mecanismos jurídicos nacionais e internacionais devem observar sua abrangência. Conceitualmente, representa o direito do refugiado ou do solicitante de refúgio de não ser devolvido ao seu país de origem, do qual, vítima de perseguição, tenha realizado a fuga. Assim, dito princípio, segundo André de Carvalho Ramos, consiste “[...] na vedação da devolução do refugiado ou solicitante de refúgio (*refugee seeker*) para o Estado do qual tenha o fundado temor de ser alvo de perseguição odiosa”³⁶.

Internacionalmente, o princípio da não devolução é encarado não somente como um princípio informador, tampouco como simples determinante na criação de obrigações entre os Estados, mas, como preceito influente na práxis normativa, denotando sua aceitação no plano global como norma de direito internacional consuetudinário, de caráter vinculante^{37 38}. Vislumbra-se, segundo Marques³⁹, o reconhecimento da força normativa do princípio da não devolução pela sua extensa positivação nos tratados de direitos humanos e em vários instrumentos normativos, sejam nacionais ou regionais, regulamentando-se de maneira expressa ou tácita. Nesse sentido, destaca-se a Declaração de Cartagena, de 1984, em sua quinta conclusão:

Reiterar a importância e a significação do princípio de *non-refoulement* (incluindo a proibição da rejeição nas fronteiras), como pedra angular da proteção internacional dos refugiados. Este princípio imperativo respeitante aos refugiados, deve reconhecer-se e respeitar-se no estado atual do direito internacional, como um princípio de *jus cogens*.⁴⁰

Compreende-se, portanto, o grande potencial legislativo que emerge da estrutura normativa do Direito Internacional dos Refugiados, de seus princípios norteadores e das disposições da lei brasileira do Refúgio. No caso brasileiro, considerada como uma legislação avançada e bem formulada diante da vasta rede normativa e principiológica, a aplicação das disposições da Lei do Refúgio na realidade das práticas e políticas públicas migratórias acontece de forma deficitária, alheia à verdadeira realidade xenofóbica e excludente de todos aqueles que buscam acolhimento em território brasileiro. A letra da lei encontra-se distante da realidade nacional, dos grupos mais vulnerabilizados e da efetiva proteção dos direitos humanos.

35 Art. 33, *in verbis*: “Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas”. In: ACNUR. *Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados*, p. 15-16.

36 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 103, grifo do autor.

37 PAULA, Bruna Vieira de. O princípio do *non-refoulement*, sua natureza de jus cogens e a proteção internacional dos refugiados. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Ano 7, Vol. 7, Número 7 - 2006/2007, p. 51-67. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/issue/view/14>.

38 O princípio da não devolução pode ser considerado, na seara internacional, como uma norma de jus cogens, afirmando a sua essencialidade para o desenvolvimento de práticas e políticas migratórias efetivas. Nota-se a importância do caráter cogente do princípio da não devolução no parecer elaborado pelo juiz Paulo Pinto de Albuquerque, na Corte Europeia de Direitos Humanos, em 2012, no “*Case of Hirsi Jamaa and Others v. Italy*” (processo nº 27765/09), ao salientar que: “Com essa extensão e conteúdo, a proibição de repulsão é um princípio do direito internacional consuetudinário, vinculativo para todos os Estados, mesmo aqueles que não são partes da Convenção das Nações Unidas relacionadas ao Status dos Refugiados ou a qualquer outro tratado para a proteção de refugiados. Além disso, é uma regra do *jus cogens*, devido ao fato de que nenhuma derrogação é permitida e de natureza peremptória, uma vez que não são admitidas reservas (artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e artigo 42 § 1 da Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados e Artigo VII § 1 do Protocolo de 1967)”. (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Process nº 27765/09. Case of Hirsi Jamaa and Others v. Italy*. Judge Paulo Pinto de Albuquerque. 23 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-109231>, s.p., grifo do autor).

39 MARQUES, Rodolfo Ribeiro Coutinho. *O princípio do non-refoulement no Direito Internacional contemporâneo: escopo, conteúdo e natureza jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

40 ACNUR. Declaração de Cartagena. Disponível em: http://www.achur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1, s.p.

4 A LEI Nº 9.474/1997 SOB A ÓPTICA DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO DE MANUEL ATIENZA

Assentadas as principais premissas teóricas, o objetivo do estudo envolve a filtragem da norma que condensou, na legislação brasileira, o princípio do *non-refoulement*, notadamente, a redação presente no art. 7º, §1º, da Lei do Refúgio. Através dos níveis de racionalidade analisados no primeiro tópico, objetiva-se verificar, de forma não exaustiva, se a norma referida subsiste racional e efetivamente no ordenamento jurídico brasileiro, em respeito aos preceitos constitucionais basilares, considerando as perspectivas restritivas adotadas pela estrutura governamental para o enfrentamento da crise migratória global e das nuances enfrentadas na realidade contemporânea brasileira.

Previamente às ponderações acerca das irracionalidades vislumbradas, necessário observar separadamente, de forma breve, que os níveis de racionalidade linguística (R1), jurídico-formal (R2) e ético (R5), demonstraram-se racionais na análise desenvolvida. Note-se que a disposição do parágrafo primeiro se encontra gramaticalmente clara em sua redação (R1), dispondo acerca das motivações necessárias à solicitação de refúgio, pelas quais, qualquer indivíduo perseguido em tais situações, não pode ser impedido de solicitar refúgio. Ainda, a norma se insere de forma harmoniosa no sistema jurídico brasileiro (R2), uma vez que se coaduna com a política migratória gradualmente elaborada e internalizada nos instrumentos jurídicos já referidos anteriormente, principalmente pelo fato de reger o princípio da não devolução. Além disso, observa as disposições éticas, constitucionais e principiológicas de proteção da dignidade da pessoa humana, igualdade de tratamento e de condições, visando, em um panorama geral, a proteção dos direitos humanos sem discriminação de qualquer ordem (R5).

Com relação à influência social presente nos níveis R3 e R4, iniciam-se alguns dos grandes problemas de âmbito prático. A realidade da política migratória brasileira escandaliza episódios de fechamento de fronteiras, da baixa receptividade pela população nacional que encara o sujeito refugiado enquanto um estranho – ou ainda indesejável, criminoso, perigoso e descartável –, especialmente no atual período pandêmico, além da intensa burocratização e as altas taxas de judicialização envolvendo reivindicações de direitos, a exemplo da revalidação de diplomas em território nacional, conforme destaca Giuliana Redin⁴¹. Subsiste notável dificuldade para inclusão de refugiados nos quadros sociais, uma vez que “O não nacional, aquele que carrega a estrangeiridade, é representativo dessa exclusão absoluta”⁴², escandalizando a vertente excludente da sociedade brasileira.

Os elementos analisados acima possibilitam verificar que a aplicação da norma contida no art. 7º, §1º, acaba por se tornar inócua, vazia quanto a seus efeitos e sua aplicabilidade prática, demonstrando que o contexto social brasileiro não se encontra preparado para receber grandes fluxos de refugiados, tampouco efetivar o conjunto de preceitos que embasa sua política migratória a partir de uma vasta produção normativa. Conforme abordam João Carlos Jarochinski Silva e Militza Pérez Velásquez: “Neste cenário incongruente, a inserção social e a integração desta população evidenciam-se frágeis e precárias, [...] frente a um sistema, como

41 REDIN, Giuliana. Lei de migração e pessoas refugiadas no Brasil: uma visão crítica. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto M. A.; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). *70 anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados: (1951-2021) perspectivas de futuro*. Brasília: ACNUR Brasil, 2021.

42 REDIN, Giuliana. Lei de migração e pessoas refugiadas no Brasil: uma visão crítica. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto M. A.; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). *70 anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados: (1951-2021) perspectivas de futuro*. Brasília: ACNUR Brasil, 2021, p. 158.

é o de refúgio no Brasil, que parece ter sido concebido para poucas pessoas”⁴⁰.

Conforme abordado no primeiro tópico, a *racionalidade pragmática* (R3) abrange a eficácia social da lei e a capacidade de influenciar no comportamento social dos indivíduos. No caso em análise, há a presença de irracionalidade em referido nível, uma vez que subsiste a ausência de cumprimento prático da norma e, conseqüentemente do princípio da não devolução, ocorrendo tanto violações de ordem subjetiva como objetiva. Subjetivamente destaca-se a ausência de sanções para influenciar no cumprimento da norma, uma vez que na realidade prática, devem os “[...] agentes estatais e seus delegatários nas zonas de fronteira impedir o *refoulement* do estrangeiro solicitante de refúgio”⁴¹, contudo, episódios excludentes, xenofóbicos e desumanos fazem parte da realidade migratória, principalmente em razão das tensões no período de pandemia, os episódios de fechamento de fronteiras e a desconfiança com relação ao estrangeiro quando da entrada em território nacional.

De ordem objetiva, argumenta-se quanto a ausência de amparo financeiro para melhoramento da infraestrutura das localidades que recebem um número mais expressivo de indivíduos em suas fronteiras, inviabilizando a implementação de uma política de acolhimento efetiva. Exemplifica-se a questão supra, com a Ação Cível Originária nº 3.121 ajuizada pelo Estado de Roraima e julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 13/10/2020, pelo que restou determinada a contribuição financeira da União nos gastos imputados ao ente estatal com a entrada massiva de refugiados venezuelanos em seu território. Fundamentada nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e solidariedade, a cooperação entre as esferas foi julgada necessária em razão da precariedade de recursos do Estado de Roraima para fazer frente aos custos extraordinários, determinando-se, por consequência, a sua divisão pela metade para cada ente federativo⁴².

Em outra análise, no ponto da chamada *racionalidade teleológica* (R4), o objetivo principal é fazer com que a lei alcance os fins sociais pretendidos. Logo, os efeitos esperados pela edição da norma centram-se na proteção dos direitos humanos dos refugiados, garantindo, primariamente, o recebimento dos indivíduos deslocados nas fronteiras e posterior encaminhamento para elaboração da documentação e registros necessários. Há uma ligação muito relevante entre o princípio da não devolução estampado no art. 7º, §1º, da Lei do Refúgio e toda a rede de proteção para acolhimento dos refugiados. Nesse cenário, viola-se a aplicação do *non-refoulement* não somente em relação ao indivíduo que adentra o território e, de maneira forçada, é devolvido pelo país receptor, mas, também, aplica-se ao sujeito barrado em fronteiras, antes mesmo de conseguir abrigo no Estado acolhedor, ficando sujeito ao risco e ao desamparo.

Por essa razão, o contexto social brasileiro não corresponde ao potencial protetivo teoricamente existente no aparato legislativo migratório, ao qual foi inserido a Lei 9.474/97, intensamente violada nos últimos anos. Uma das situações de descartabilidade do art. 7º, §1º pode ser vislumbrada quando, em sede de decisão liminar, nos autos da Ação Civil Pública nº 0002879-92.2018.4.01.4200, restou determinado o fechamento da fronteira Brasil/Venezuela, suspendendo a entrada dos migrantes e refugiados – medida esta suspensa, posteriormente, em nível recursal. Ainda, destaca-se o pedido liminar de fechamento da fronteira brasileira,

40 VELÁSQUEZ, Militz Pérez; SILVA, João Carlos Jarochinski. Mobilidade humana de venezuelanos no Brasil e as respostas institucionais frente a esse fluxo (misto). In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto M. A.; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). *70 anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados: (1951-2021) perspectivas de futuro*. Brasília: ACNUR Brasil, 2021, p. 247.

41 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria dos direitos humanos na ordem internacional*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 103, grifo do autor.

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária 3.121*. Direito Internacional, Admissão, Entrada, Permanência e Saída de Estrangeiro. Autor: Estado de Roraima. Réu: União. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 13 de outubro de 2020.

nos autos da ACO nº 3.121, citada anteriormente, indeferido pela Ministra Rosa Weber, sustentando em sua decisão que a ordem de fechamento das fronteiras ocasionaria um esvaziamento da obrigação do *non-refoulement* incorporado na legislação brasileira como basilar para a proteção dos refugiados e solicitantes de refúgio, lotados em condições de intensa vulnerabilidade⁴³. Os óbices à migração fronteiriça e ao acolhimento de migrantes e refugiados, vão contra toda a legislação protetiva criada em nível internacional e nacional. Segundo a ministra Rosa Weber:

A utilização indiscriminada de medidas voltadas a restringir migrações irregulares pode acabar privando indivíduos não apenas do acesso ao território, mas do acesso ao próprio procedimento de obtenção de refúgio no Estado de destino, o que poderia, a depender da situação, configurar, além de descumprimento do dever de proteção assumido internacionalmente, ofensa à cláusula constitucional asseguidora do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF).⁴⁴

Outra situação que se faz necessário destacar, nitidamente restritiva de direitos e que retira total eficácia da norma e do princípio da não devolução, repousa na edição das portarias interministeriais estipulando restrições para o cruzamento transfronteiriço pela via terrestre em razão da alegada necessidade de contenção de fluxos por conta da pandemia da COVID-19. A Portaria de nº 652 (atualmente revogada), estabeleceu restrições excepcionais e temporárias com relação à entrada de estrangeiros no país, independentemente de sua nacionalidade, em atenção às determinações da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Segundo transcrição de seu art. 2º: “Art. 2º Fica restringida a entrada no País de estrangeiros de qualquer nacionalidade, por rodovias, por outros meios terrestres ou por transporte aquaviário.”⁴⁵, ruindo, conseqüentemente, com uma série de direitos previstos em prol de migrantes e refugiados.

As portarias posteriormente elaboradas e igualmente revogadas, de nº 655 (art. 2º), nº 657 (art. 5º), nº 658 (art. 4º) e nº 660 (art. 4º), perpetuaram a lógica da exclusão, impondo restrições com relação à entrada de estrangeiros pelas vias terrestres. Segundo Luís Renato Vedovato e Rosana Baeninger⁴⁶, o fechamento de fronteiras terrestres foi de cunho totalmente ilógico, considerando que o potencial transmissor foi iniciado e deu-se de maneira mais incisiva por vias aéreas, o que tornou injustificável a atuação para restringir cada vez mais os direitos dos refugiados em tempos pandêmicos.

O potencial excludente verificado na realidade prática desenvolveu contornos mais profundos no decorrer das dificuldades enfrentadas com a pandemia, ajudando a visualizar as reais intenções governamentais para a política migratória brasileira, além de demonstrar que os preceitos de acolhida humanitária, largamente previstos pela legislação migratória, foram desacreditadas pelo Estado e intensamente violados pela sequência de portarias ministeriais impedindo o acesso, principalmente de venezuelanos, no território nacional⁴⁸.

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária 3.121*. Direito Internacional, Admissão, Entrada, Permanência e Saída de Estrangeiro. Autor: Estado de Roraima. Réu: União. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 13 de outubro de 2020.

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária 3.121*. Direito Internacional, Admissão, Entrada, Permanência e Saída de Estrangeiro. Autor: Estado de Roraima. Réu: União. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 13 de outubro de 2020.

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária 3.121*. Direito Internacional, Admissão, Entrada, Permanência e Saída de Estrangeiro. Autor: Estado de Roraima. Réu: União. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 13 de outubro de 2020, p. 29.

46 BRASIL. *Portaria nº 652, de 25 de janeiro de 2021*. Dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros, de qualquer nacionalidade, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/PRT/Portaria-652-21-ccv.htm, s.p.

47 VEDOVATO, Luis Roberto; BAENINGER, Rosana. Os fluxos de migração refugiada no século XXI - desafios demográficos e jurídicos. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto M. A.; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). *70 anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados: (1951-2021) perspectivas de futuro*, ACNUR Brasil, 2021.

Conforme verifica-se no contexto sociopolítico, com o endurecimento das restrições para o cruzamento fronteiriço,

[...] foram suprimidos arbitrariamente o direito humano de solicitação de refúgio, o impedimento de deportação sumária (Princípio do *non-refoulement*) e a garantia de regularização documental independente da situação migratória, assegurados em lei como parte da Política de Estado de direitos humanos. [...] Na emergência, o governo brasileiro não considerou os potencializados riscos à vida humana decorrentes do fechamento de fronteira aos mais vulneráveis, mas elegeu o *inimigo* discursivo para *justificar* o fechamento de fronteiras, expor os migrantes das fronteiras terrestres a rotas inseguras, marcadas pela exploração e violência, por impedir a 'entrada regular'.⁴⁹

Diante do aparato teórico e prático desenvolvido, há que se complementar a análise com a mácula que atinge o nível de metarracionalidade, recentemente apresentado por Atienza (2017) para sinalizar situações em que a falta de razoabilidade em um dos níveis (R1-R5), culminaria no prejuízo dos fins a que a norma elaborada se destinaria a alcançar. No caso, há nítido desequilíbrio entre a matriz teórica preconizada na legislação e sua aplicabilidade prática diretamente atingida pelas ineficiências da estrutura social, inviabilizando com que sejam sacrificadas quaisquer disposições dos demais níveis analisados, todos de extrema relevância para a reformulação legislativa. E, diante desse grau de inconsistências entre teoria e realidade prática, os mais atingidos são os milhares de refugiados que buscam acolhimento no território brasileiro, sendo atingidos pela instabilidade institucional e a xenofobia da população nacional. Nesse sentido, complementa Redin:

Quanto mais frágil é o sistema de garantias de direitos contido no estatuto geral das migrações internacionais de um Estado, ainda maiores são os desafios da proteção de direitos humanos aos grupos mais vulneráveis dentro do universo das migrações, dos quais os migrantes considerados forçados, onde estão incluídos os refugiados, com estatuto jurídico próprio de proteção.⁵⁰

Nesse horizonte, no pensamento de Atienza, “[...] o que é realmente problemático é o uso frustrado do Direito: as leis foram estabelecidas com o propósito de serem cumpridas, mas os destinatários simplesmente não o fazem, por causas diversas”⁵¹. Note-se que a norma analisada no presente estudo possui como finalidade a promoção do integral acolhimento de todos os indivíduos que alcançam a fronteira nacional, com a necessidade de observar as disposições constitucionais e principiológicas de proteção da dignidade da pessoa humana, igualdade de tratamento e de condições, visando, em um panorama geral, a proteção dos direitos humanos sem discriminação de qualquer ordem, possibilitando o reconhecimento e declaração de seu status e, conseqüentemente, a aquisição do leque de direitos e deveres

48 REDIN, Giuliana. Lei de migração e pessoas refugiadas no brasil: uma visão crítica. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto M. A.; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). *70 anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados: (1951-2021) perspectivas de futuro*. Brasília: ACNUR Brasil, 2021.

49 REDIN, Giuliana. Lei de migração e pessoas refugiadas no brasil: uma visão crítica. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto M. A.; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). *70 anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados: (1951-2021) perspectivas de futuro*. Brasília: ACNUR Brasil, 2021, p.164, grifo da autora.

50 REDIN, Giuliana. Lei de migração e pessoas refugiadas no brasil: uma visão crítica. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto M. A.; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). *70 anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados: (1951-2021) perspectivas de futuro*. Brasília: ACNUR Brasil, 2021, p. 165.

51 NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa na Espanha e no Brasil: análise dos cenários das leis sobre a violência contra a mulher*. Tese de Doutorado apresentada como requisito para obtenção do título de Doutora em Direito pela Universidade de Alicante (UA), Espanha, e pela Universidade de Brasília (UnB), em regime de cotutela internacional. Alicante/Brasília, 2018, p. 50.

inerentes, o que, contudo, encontra inúmeros óbices na realidade da sociedade brasileira. Nestes termos, “Para que o direito não seja inócuo e simplesmente declare normas que nunca serão efetivamente aplicadas, é necessário achatar a curva dos discursos populistas”⁵².

No cenário atual, a repulsa envolvendo a recepção de refugiados serve de combustível à adoção de normativas excludentes que dificultam e/ou impedem o acesso às fronteiras e, conseqüentemente, a todos os direitos e garantias que são decorrentes das legislações migratórias, das normas internacionais e constitucionais. Conforme abordado, o despreparo para o recebimento de grandes fluxos de refugiados e a falta de organização Estatal durante o auge da pandemia da Covid-19, serviram como discursos de impacto utilizados para justificar o fechamento transfronteiriço e impedir a entrada de migrantes e refugiados pelas vias terrestres, descumprindo com os propósitos básicos previstos na legislação.

O maior desafio da legislação brasileira, portanto, repousa na luta contra os poderes discricionários, populistas e hegemônicos que seguem perpetuando redes normativas inócuas e sem o devido amparo com relação a realidade social vivenciada pelo país, contribuindo, no contexto prático, a partir de medidas legislativas descabidas, para o aprofundamento de sistemas de exclusão social que atingem os direitos de milhares de refugiados. Faz-se necessário um maior substrato principiológico e ético, voltado à garantia dos direitos humanos e fundamentais de todos os que se encontram no território nacional, especialmente àqueles que buscam acolhimento, visando estabelecer uma política migratória consistente, efetiva, verdadeiramente humana, acolhedora e hospitaleira, e, dessa forma, coerente com a rede normativa disposta internacionalmente.

5 CONCLUSÃO

A realização do presente trabalho proporcionou a retomada dos estudos sobre a relevante Teoria da Legislação elaborada por Manuel Atienza, abordando aspectos essenciais para enfrentamento das deficiências existentes no contexto jurídico e social do Estado brasileiro a partir da análise dos níveis de racionalidade propostos pelo autor, compreendendo a necessidade de empreender-se uma filtragem minuciosa das normas elaboradas e as possibilidades de incremento de sua efetividade. A interrelação entre os níveis de racionalidade exige a formalização de procedimentos legislativos atentos à integridade, interdisciplinaridade e às premissas constitucionais, consistindo em processos cíclicos que não se excluem. Dessa forma, uma legislação bem construída vai possibilitar que a racionalidade da argumentação jurídica, devidamente fundamentada pela integridade normativa e principiológica, possa reforçar o ordenamento jurídico como um todo, garantindo as raízes dos direitos humanos e fundamentais a partir de um caminhar jurídico satisfatório.

Com relação ao art. 7º, §1º, da Lei 9.474/97, objeto de estudo no presente, verificou-se a presença de parcial irracionalidade legislativa nos níveis R3, R4 e no nível da metarracionalidade, demonstrando que a norma referida foi inserida no ordenamento jurídico com deficiências significativas, inviabilizando seu efetivo cumprimento dentro de um complexo sistema migratório que perpetua condutas excludentes contra aqueles que buscam acolhimento em território brasileiro. A falta de preparo, de infraestrutura, de políticas públicas e de organização estatal, inviabiliza a real aplicabilidade e eficácia da norma, de forma que a sua previsão na Lei do

52 VEDOVATO, Luis Roberto; BAENINGER, Rosana. Os fluxos de migração refugiada no século XXI - desafios demográficos e jurídicos. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto M. A.; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). *70 anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados: (1951-2021) perspectivas de futuro*, ACNUR Brasil, 2021, p.322.

Refúgio torna-se praticamente letra morta, inócua, ineficaz e simbólica, reforçando a presença de irracionalidades legislativas, principalmente nos aspectos sociais, além de obter como resultado, o aumento dos descumprimentos dos direitos e sua conseqüente judicialização.

A partir de tais concepções, tem-se possível afirmar que referido artigo subsiste de forma parcialmente irracional no ordenamento jurídico brasileiro, dependendo de uma mescla interdisciplinar de estudos jurídicos, linguísticos, sociológicos, filosóficos, bem como a atuação conjunta das esferas legislativa, executiva e judiciária, visando a proposição cooperativa de normas adequadas à política migratória brasileira, a qual, apenas em um patamar teórico, serve de modelo internacional como uma das legislações mais avançadas. Além disso, o incremento legislativo requer uma mudança complexa e profunda nas relações sociais, objetivando a construção de uma sociedade verdadeiramente justa, livre, solidária e politicamente ativa na defesa dos direitos humanos e fundamentais de todos os seres humanos.

REFERÊNCIAS

ACNUR. *Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados*. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 24 dez. 2021.

ACNUR. *Declaração de Cartagena*. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1. Acesso em: 31 jan. 2022.

ATIENZA, Manuel. *Contribución para una teoría de la legislación*. Texto de la ponencia presentada por el autor al tercer Congreso de la Federación de Asociaciones de Sociología del Estado Español, San Sebastián, 1989. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10854/1/Doxa6_21.pdf. Acesso em: 21 dez. 2021.

ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentação jurídica*. Trad. Claudia Roesler. Curitiba: Alteridade, 2017.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. A Lei Brasileira de Refúgio: Sua história. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wpcontent/uploads/2018/02/Ref%C3%BAgio-no-Brasil_A-prote%C3%A7%C3%A3obrasileira-aos-refugiados-e-seu-impacto-nas-Am%C3%A9ricas-2010.pdf. Acesso em: 26 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária 3.121*. Direito Internacional, Admissão, Entrada, Permanência e Saída de Estrangeiro. Autor: Estado de Roraima. Réu: União. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 13 de outubro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754212138>. Acesso em: 27 dez. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm. Acesso em: 19 dez. 2021.

BRASIL. *Portaria nº 652, de 25 de janeiro de 2021*. Dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros, de qualquer nacionalidade, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa. Brasília: Presidência da República, 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/PRT/Portaria-652-21-ccv.htm. Acesso em: 31 jan. 2022.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Process nº 27765/09. Case of Hirsi Jamaa and Others v. Italy. Judge Paulo Pinto de Albuquerque. 23 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109231>. Acesso em: 31 jan. 2022.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

MARQUES, Rodolfo Ribeiro Coutinho. *O princípio do non-refoulement no Direito Internacional contemporâneo: escopo, conteúdo e natureza jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

NASCIMENTO, Luiz Sales do. *A cidadania dos refugiados no Brasil*. 2.ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.

NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da Legislação e Argumentação Legislativa na Espanha e no Brasil: análise dos cenários das leis sobre a violência contra a mulher*. Tese de Doutorado apresentada como requisito para obtenção do título de Doutora em Direito pela Universidade de Alicante (UA), Espanha, e pela Universidade de Brasília (UnB), em regime de cotutela internacional. Alicante/Brasília, 2018. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/99252/1/tesis_roberta_simoes_nascimento.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021.

PAULA, Bruna Vieira de. O princípio do non-refoulement, sua natureza de jus cogens e a proteção internacional dos refugiados. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Ano 7, Vol. 7, Número 7 - 2006/2007, p.51-67. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/issue/view/14>. Acesso em: 31 jan. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria dos direitos humanos na ordem internacional*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REDIN, Giuliana. Lei de migração e pessoas refugiadas no brasil: uma visão crítica. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto M. A; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). *70 anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados: (1951-2021) perspectivas de futuro*. Brasília: ACNUR Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2021/12/70-anos-projeto-WEB.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2021.

SILVA, G. J. et.al. *Refúgio em Números*. 6. ed. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Comitê Nacional para os Refugiados. Brasília, DF: OBMigra, 2021. Disponível em: https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/dados/relatorios_conjunturais/2020/Ref%C3%BAgio_em_N%C3%BAmeros_6%C2%AA_edi%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 26 dez. 2021.

UNHCR. *Global Trends*. Forced Displacement in 2021. 2022. Disponível em: <https://www.unhcr.org/62a9d1494/global-trends-report-2021>. Acesso em: 11 jul. 2022.

VEDOVATO, Luis Roberto; BAENINGER, Rosana. Os fluxos de migração refugiada no século XXI - desafios demográficos e jurídicos. *In*: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto M. A; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). *70 anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados: (1951-2021) perspectivas de futuro*. Brasília: ACNUR Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2021/12/70-anos-projeto-WEB.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2021.

VELÁSQUEZ, Militza Pérez; SILVA, João Carlos Jarochinski. Mobilidade humana de venezuelanos no Brasil e as respostas institucionais frente a esse fluxo (misto). *In*: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto M. A; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). *70 anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados: (1951-2021) perspectivas de futuro*. Brasília: ACNUR Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2021/12/70-anos-projeto-WEB.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2021.

Recebido em: 22.08.2022

Aprovado em: 31.12.2022

Como citar este artigo (ABNT):

FERRETTI, Elisa Cardoso; MARTINS, Janete Rosa; BERTASO, João Martins. Os direitos dos refugiados e a lei nº 9.474/1997: uma análise sob a óptica da teoria da legislação de Manuel Atienza. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.47, p.32-48, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2023/03/DIR47-02.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

CONSENSUALIDADE COMO POLÍTICA PÚBLICA E OS INCENTIVOS À NEGOCIAÇÃO PELO AGENTE PÚBLICO

CONSENSUALITY AS PUBLIC POLICY AND THE INCENTIVES TO NEGOTIATION BY THE PUBLIC AGENT

Silgia Alves Carvalho¹
Daniel Lopes Pires Xavier Torres²

RESUMO: O termo políticas públicas remete a temas como saúde, habitação, saneamento, etc., mas esse termo também pode ser aplicado a outras áreas, como a da consensualidade. Sob a ótica das políticas públicas e fundado na Análise Econômica do Direito, com *insights* da economia comportamental, este artigo busca fomentar o debate acerca das dificuldades encontradas na implementação e na expansão de meios consensuais de solução de conflitos no âmbito da Administração Pública, com foco nos incentivos dos agentes públicos envolvidos no tratamento dos litígios. Com o emprego de metodologia dedutiva, aborda-se a importância de conjugar obrigações e incentivos para induzir o comportamento cooperativo do agente público, fomentando a consensualidade no âmbito da Administração Pública. Avalia-se, portanto, a possibilidade de utilizar técnicas de estímulo e sua pertinência no âmbito estatal.

Palavras-chave: administração pública; agente público; consensualidade; nudge; políticas públicas.

ABSTRACT: The term public policies refers to subjects such as health, housing, sanitation, etc., but this term can also be applied to other areas, such as consensus. From the perspective of public policies, and founded on Economic Analysis of Law, with insights from behavioral economics, the article seeks to foster the debate about the difficulties encountered in the implementation and expansion of consensual means of resolving conflicts within the scope of Public Administration, with focus on the incentives of public agents involved in the handling of disputes. Using hypothetical deductive methodology, the importance of combining obligations and incentives to induce the cooperative behavior of the public agent is addressed, fostering consensus within the scope of Public Administration. Thus, the possibility of using stimulus techniques and their relevance at the state level are evaluated.

Keywords: Public administration; public agente; consensuality; nudge; public policy.

1 Pós-Doutoranda no Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra, Portugal. Doutora em Direito pelo PUC-SP. Professora da Universidade Federal de Goiás. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade de Goiás, Brasil. Advogada.

2 Mestrando em Direito e Políticas Pública no Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás, Brasil. Advogado. Procurador do Município de São Luís, Maranhão, Brasil.

1 INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro vive uma contradição: apesar de vinculado à solução consensual e dispor de um sistema jurídico que possibilita tratamento adequado dos conflitos, com institutos e leis promulgadas na história recente, continua a prevalecer no país a “cultura da sentença” e, por esse motivo, os níveis de litigância da Administração Pública são elevados. Nesse sentido, o problema parece consistir em como fazer com que os agentes públicos envolvidos diretamente na gestão dos conflitos, em especial os membros da Advocacia Pública, passem a utilizar efetivamente os meios consensuais, com destaque para a questão dos incentivos e seu impacto no comportamento humano.

Abordando o tema sob a ótica das políticas públicas e fundado na Análise Econômica do Direito, com *insights* da economia comportamental, este artigo tem como objetivo fomentar o debate acerca das dificuldades encontradas na implementação e na expansão de meios consensuais de solução de conflitos no âmbito da Administração Pública, em particular no que se refere à negociação, sem, contudo, apresentar respostas concretas, mas sim propostas de reflexão.

O trabalho está dividido em quatro partes, além da introdução e da conclusão. Na primeira é realizada uma aproximação conceitual com o termo políticas públicas, correlacionando-o com o princípio da eficiência. Na segunda e na terceira é abordada a necessidade da criação de incentivos para a implementação de uma política pública de consensualidade, como forma de imprimir maior eficiência à solução de litígios, com apresentação de alguns óbices concretos. Na quarta é feito um exame crítico sobre a estimulação de comportamentos e sua aplicabilidade à Administração Pública, com indicação de vantagens e limitações.

Em termos metodológicos, parte-se de abordagem qualitativa, apoiada em revisão da literatura, com uso do método dedutivo.

2 POLÍTICA PÚBLICA: UMA APROXIMAÇÃO CONCEITUAL

O tema das políticas públicas e, com ele, as instituições e as regras que regem sua aplicação têm ganhado destaque nas últimas duas décadas³. Isso ocorre por vários motivos. Como ensina o autor, um deles é a percepção de que não basta a Constituição Federal dispor sobre um extenso rol de direitos sociais e instrumentos para a sua realização, pois a sua concretização exige uma atuação eficaz dos poderes e órgãos do Estado, além de um trabalho eficiente por parte do governo.

Com efeito, umas das características do Estado Democrático e Social de Direito é justamente a realização de políticas ou programas de ação, os quais visam alcançar objetivos sociais relevantes e efetivar direitos fundamentais, conforme aponta o art. 3º da Constituição ao traçar os objetivos fundamentais da República.

O termo “política” pode ser compreendido a partir de três dimensões: *polity*, que se refere a aspectos estruturantes da política institucional, como os sistemas de governo, estrutura e funcionamento dos Poderes, aparato burocrático, os quais estão conformados pelo arcabouço constitucional; *politics*, que abrange a dimensão dos processos que compõem a

3 SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade Jurídica das Políticas Públicas: a Efetivação da Cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Coords.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1.

dinâmica da política e a competição pelo poder, marcada por cooperação e conflitos, jogos de interesse, relação entre os poderes e atuação de outras forças políticas; e *policy*, que abrange os conteúdos concretos da política, a política pública (“Estado em ação”), resultado das dimensões institucional e processual⁴.

Quando se aborda o tema das políticas públicas, muitas pessoas o associam tão imediata quanto restritivamente a áreas como saúde, educação, transporte, habitação, combate à violência etc., como se o tema fosse a tradução de prestações positivas disponibilizadas ao cidadão. Não é comum que venha à mente das pessoas outras espécies de políticas públicas, como as de imigração, de energia ou de consensualidade.

Abrangendo uma diversidade de áreas, as políticas públicas estão onde o Estado está. Mas, afinal, o que são políticas públicas? Como defini-las? De acordo com Smanio⁵, vários autores se debruçaram sobre esse conceito, ora apontando tratar-se de atividade, ora como norma-objetivo, ou outras categorias jurídicas⁶.

Apesar disso, como ressalta Bucci, política pública, na realidade, é um termo polissêmico, sem conceituação definida, e deve ser considerado como todo programa de ação estatal voltado ao atingimento de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados⁷. Socialmente relevantes porque o Estado passa a ser entendido como um provedor ou indutor, e politicamente determinados porque têm assento na Política e não decorre exclusivamente do Direito.

Em escritos mais recentes, com fundamento em Charles Albert Morand, Bucci defende a adoção de uma nova racionalidade, um renovado modo de agir do Estado, o qual se efetiva através de direito e políticas públicas. Logo, “[...] o direito das políticas públicas não representa uma degradação do modelo de direito moderno, mas a irrupção de uma nova figura da racionalidade jurídica na qual o direito está inteiramente fundado no imperativo da eficácia”⁸.

Para Bucci:

A abordagem DPP tem uma vocação aplicada, voltada à tradução do instrumentalismo em proposições juridicamente bem formuladas e adequadamente fundamentadas, com aptidão para a análise de problemas de concretos e contribuição para as soluções. Seu propósito é colaborar com a construção institucional do Estado brasileiro, na perspectiva democrática e da realização dos direitos fundamentais.⁹

Trata-se de uma nova chave metodológica para entendimento das estruturas e da dinâmica do Estado:

4 SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, Tomo 8, p. 2.307.

5 Segundo explica o autor, Fábio Konder Comparato, por exemplo, define políticas públicas “como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”, ao passo que Eros Grau o faz como normas que não definem nem a conduta, nem a organização, mas que fixam resultados concretos para serem alcançados.

6 SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade Jurídica das Políticas Públicas: a Efetivação da Cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Coords.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*, São Paulo: Atlas, 2013, p.7-8.

7 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

8 MORAND, Charles-Albert. *Le droit neo moderne des politiques publiques*. Paris: LGDJ, 1999, p. 189 *apud* BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e políticas públicas (DPP). *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 791-832, set./dez. 2019, p. 807.

9 BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e políticas públicas (DPP). *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 791-832, set./dez. 2019, p. 816.

Essa breve resenha demonstra o ganho proporcionado pelo inventário e entendimento dessas inovações jurídicas, se se pretende uma compreensão aprofundada do que caracteriza a nova racionalidade jurídica setorizada das políticas públicas. Aí pode estar uma chave metodológica para o entendimento das estruturas e da dinâmica do “Estado neo-moderno”, em que, segundo Morand, as diferentes formas estatais e suas expressões jurídicas, a propulsão, a negociação e a indução, não se sucedem, mas coexistem, como camadas geológicas comprimidas e mescladas¹⁰.

Para Moreira Neto, o termo políticas públicas expressa um fenômeno juspolítico híbrido, categorizado como um complexo normativo diferenciado em que coparticipam duas naturezas: a de ato administrativo e a de ato legislativo¹¹. De rigorosa linhagem constitucional, a política pública foi alçada categoricamente à instituição de Direito Público¹².

Na realidade, da mesma forma que o conceito de democracia se modificou ao longo do tempo, deve-se formatar uma nova definição para políticas públicas:

[...] do mesmo modo que se afirmou quanto ao paradigma democrático, o conceito contemporâneo de *políticas públicas* tampouco poderá ser o mesmo que prevaleceu ao longo da modernidade, impondo-se hoje uma nova expressão juspolítica própria da pós-modernidade, que privilegie os direitos fundamentais e contribua eficazmente para a sua plena realização.¹³

Nesse contexto, o controle passa do exame tradicional de legalidade estrita, adstrito ao ato administrativo (imperativo e unilateral), que perpassa elemento por elemento, para abranger um complexo de atos que conforma um processo administrativo (participativo, plural) e suas várias facetas¹⁴. Assim, o exame do controle passa a se apoiar numa dimensão finalística inédita¹⁵:

Mas a mudança de paradigmas está em vias de superar em seus resultados a partir de uma nova categorização jurídica das *políticas públicas*, como um complexo de processos, que, partindo da *formulação* de atividades coerentes finalisticamente vinculadas, passam pelo *planejamento*, *orçamentação* e chegam à *execução* dos cometimentos administrativos postos constitucionalmente a cargo do Estado.¹⁶

Daí a evolução do modo de agir da administração, do ato administrativo à política pública, entendida como um complexo processual:

Assim, quanto às vias de avanço no campo do *Direito Administrativo*, deve-se considerar a progressiva ampliação da *racionalidade*, no percurso clássico iniciado com o estudo do *ato administrativo*, passando mais recentemente,

10 BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e políticas públicas (DPP). *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 791-832, set./dez. 2019, p. 809.

11 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas*: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 32.

12 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas*: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 101.

13 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas*: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 89.

14 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas*: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 91

15 “Na dogmática clássica, a característica jurídica da *eficácia* dos atos do poder público não continha em si qualquer apreciação quanto ao resultado concreto da ação, mas, apenas, a de sua *aptidão* para produzi-lo em abstrato”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas*: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 171.)

16 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas*: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 91-92.

pelo do *processo administrativo*, até alcançar, neste século, o desafio do que se caracteriza como o *complexo processual político administrativo das políticas públicas*.¹⁷ (destaques no original).

Como a abordagem se dá a partir do complexo de políticas públicas e sua dimensão finalística, o controle sobressai em relação ao resultado da ação administrativa. Além da eficiência, deve ser destacada a efetividade, o que configura, conforme já ressaltado, uma evolução da técnica de controle:

Também observável e de modo muito especial, nesse processo de definição jurídica do interesse público sobressai a introdução do resultado da ação administrativa como parte essencial do conceito de finalidade pública e, nele, a evolução da eficácia à eficiência, e desta, à efetividade.¹⁸

A política pública, portanto, não é mais decorrência exclusiva do Poder Legislativo, nem este tem a proeminência sobre ela. A concepção de Estado Liberal, fundada na soberania da lei e na ideia de sucessão de atos no tempo em que o Legislativo edita uma lei e o Executivo a cumpre, ficou para trás. O pensamento estanque de administração pública burocrática de que o legislativo legisla e o executivo cumpre está superado. A contemporaneidade exige um novo meio de agir do Estado, fundado num arranjo complexo e articulado de leis e atos normativos, receita pública e orçamento conjugado à execução concreta de atos para a sua consecução. Esse meio de agir ocorre por políticas públicas, que deve ter uma atuação mais eficiente com a integração de todos os poderes e órgãos.

A concepção de legalidade estrita dita que à Administração Pública incumbe a mera execução da lei, que perdeu força, prevalece o entendimento de que ela é mais um instrumento (importante, mas não o único¹⁹) para a consecução de fins e metas do Estado.

Sem desconsiderar o princípio da legalidade, mas conjugando-o com o princípio da eficiência, é preciso encontrar um caminho intermédio entre o modelo garantístico e o modelo efficientista de Estado, buscando uma “flexibilização responsável” nos moldes já tratados:

Em síntese, a questão central é a de passar de uma gestão da máquina pública, preocupada exclusivamente com o garantismo jurídico, para uma gestão administrativa que atenda às necessidades de conformação do modelo legal, mas que ainda tenha como norte uma atuação direcionada ao atendimento das necessidades sociais, ou seja, que tenha a eficiência como princípio. Exatamente porque os princípios constitucionais bem convivem em antagonismos complexos que a eficiência não pode ser tomada isoladamente; da mesma forma, não há que considerar apenas os valores garantísticos, tornando o Estado uma ineficiente e inútil máquina segura.²⁰

17 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas*: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 102.

18 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas*: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 171.

19 “A política pública, como se sabe, não se reduz às disposições da Constituição ou da legislação que lhe proveem o suporte e a conformação jurídica. Embora, por outro lado, não dispense, em absoluto, essa dimensão, uma vez que toda política pública se assenta sobre elementos jurídicos.” (Cf. BUCCI, Maria Paula. Método e aplicações da abordagem Direito e políticas públicas (DPP). *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 791-832, set./dez. 2019, p. 801).

20 BATISTA JR., Onofre Alves. *Transações administrativas*: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 97.

Assim como a política pública é uma evolução em relação à ideia de lei em sentido estrito²¹, também a eficiência o é, de forma que esta funciona como princípio legitimador da atuação administrativa para viabilizar a consolidação de objetivos fundamentais. Com efeito, o Estado não pode ser entendido como um carro cuja principal parte são os freios. É o que se chama de *govern by policies* em oposição a *govern by laws*, o que traduz uma aproximação conceitual entre políticas públicas, princípio da eficiência e controle de resultados.

3 EXISTE UMA POLÍTICA PÚBLICA DE CONSENSUALIDADE NO BRASIL?

No Brasil, por mandamento constitucional, está garantido o acesso à justiça (art. 5º, XXXV) e, por lei, nos termos do art. 3º, §§ 2º e 3º do Código de Processo Civil, o Estado promoverá, *sempre que possível*, a solução consensual dos conflitos, devendo haver estímulo à conciliação, mediação e a outros métodos de solução consensual de conflitos por parte dos atores do processo, como juízes, advogados, promotores, procuradores e defensores.

Juntos, o Código de Processo Civil, a Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015 (Marco Legal da Mediação), e a Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, formam um sistema dos meios consensuais de resolução de conflitos, principalmente no que tange à mediação e à conciliação. Destaque para a previsão do art. 174 do CPC, pelo qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criam câmaras de mediação e conciliação com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, e para o art. 32 do marco legal da mediação, que, de forma semelhante, prevê a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública.

No passado, todavia, diversas outras legislações como a Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (Lei de Parceria Público-Privado), no seu art. 11, III, a Lei n.º 11.196, de 21 de novembro de 2005 (alterou o art. 23-A da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, conhecida como Lei de Concessões), já previam a utilização de mecanismos privados de solução de conflitos. Também o art. 1º, §1º, da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem), com redação dada pela Lei n.º 13.129, de 26 de maio de 2015, extirpou qualquer dúvida sobre a utilização do instituto pela administração pública direta e indireta.

No âmbito da desapropriação, o Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, em seu art. 10, com redação dada por um normativo de 1946, já previa a realização de “acordos” na fase administrativa. Recentemente, a Lei n.º 13.867, de 26 de agosto de 2019, alterou o referido decreto, permitindo a utilização de arbitragem na desapropriação. Vale ressaltar que há alguns outros instrumentos ora mais recentes (colaboração premiada, acordo de leniência), ora mais maduros (termo de ajustamento de conduta e acordo de não persecução penal) que já admitem a consensualidade ou transação, inclusive em matéria penal ou ambiental.

Como ensina Pinto, a incorporação de um problema na agenda dos governos, ponto de partida para a elaboração de propostas de políticas públicas, passa por três etapas: a de acatamento, com a chegada ao debate público e captura de atenção dos elaboradores da política; a de legitimação da decisão, quando se busca o apoio político dos atores envolvidos; e a de implementação, em que a política se operacionaliza em programas e projetos²².

21 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 252.

22 PINTO, Isabela Cardoso de Matos. Mudanças das políticas públicas: a perspectiva do ciclo de política. *Revista de Políticas Públicas*, São Luís, v. 12, n. 1, p. 27-36, jan./jun. 2008, p. 28.

De um modo geral, algumas teorias buscam explicar a tomada de decisão, dentre elas se destaca a teoria do ciclo das políticas públicas, dividida em cinco etapas:

O processo de definição e implementação das políticas públicas envolve uma série de atividades e etapas distintas, dentre as quais podemos destacar (a) identificação dos problemas e demandas a serem atacados para a definição das prioridades a serem decididas junto aos formuladores de políticas públicas, (b) formulação de propostas concretas entre diferentes opções de programas a serem adotados, (c) implementação propriamente dita da política, com a criação da estrutura necessária e observância da burocracia existente, gasto de recursos e aprovação de leis, (d) avaliação dos resultados da política por meio da verificação dos resultados e impacto da política, para que se possa aferir se ela realmente funciona ou não; e (e) fiscalização e controle da execução da política por meio da atuação da sociedade civil, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público.²³

A consensualidade, portanto, segundo a ótica do legislador brasileiro, é um tema relevante e que merece entrar no debate político e sair vitorioso, como se infere sobre o rol de leis antes apontado que tratam da matéria. Nesse sentido, se os atores políticos já reconhecem a importância da política pública de consensualidade (*politics*), considerando-a legítima e relevante, e se já existe um sistema jurídico para dar sustentação a tanto (*polity*), a pergunta central parece dar azo à implementação (*policy*). Mais especificamente, deve-se pensar em quais incentivos podem ser dados aos agentes públicos ou privados envolvidos nos litígios para que enveredem pelo caminho da consensualidade, além de como identificar e combater/minorar os desincentivos: “Não há, efetivamente, uma política pública consensual que estimule a atuação consensual do agente público, o que enseja a manutenção da crise atualmente vivenciada na gestão de litígios pelo Poder Judiciário.”²⁴

Como já ressaltado, muito se discute sobre a necessidade de uma “mudança de mentalidade” e a superação da “cultura da sentença”, mas é pouco provável que isso venha a ocorrer por si só, desacompanhado de um gatilho externo. Em razão disso, parece ser relevante pensar como se pode incentivar os envolvidos a buscarem a consensualidade. Um desses incentivos pode ser a criação e instalação das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, conforme previsão do art. 32, da Lei n.º 13.140/2015, a qual tem aptidão para promover a solução consensual de controvérsias.

No entanto, quando se trata de políticas públicas de consensualidade, deve-se entender a necessidade de planejamento, esforço direcionado a um objetivo, de forma macro e não micro, uma verdadeira atuação institucional de todo o poder público, e dos membros da Advocacia Pública em particular. Ela não deve ser restrita a um pequeno grupo de servidores, ou ainda de um indivíduo isolado.

Acemoglu e Robinson ressaltam a importância das instituições e destacam seu papel na criação de incentivos no desenvolvimento de uma nação²⁵:

23 DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio, BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Coords.) *O direito e as políticas públicas no Brasil*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 25-26.

24 VARELLA, Marcelo; FERREIRA FILHO, Marcílio. Políticas pública consensuais e o estímulo à negociação pelo agente público. *R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 147-173, out./dez. 2018, p. 161.

25 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*. New York: Crown, 2012, p. 42-43.

Livre tradução do original, onde se lê: “Each society functions with a set of economic and political rules created and enforced by the state and the citizens collectively. Economic institutions shape economic incentives: the incentives to become educated, to save and invest, to innovate and adopt new technologies, and so on. It is the political process that determines what economic institutions people live under, and it is the political institutions that determine how this process works. [...] As institutions influence behavior and incentives in real life, they forge the success or failure of nations.”

Cada sociedade funciona com um conjunto de regras econômicas e políticas criadas e aplicadas pelo estado e pelos cidadãos coletivamente. As instituições econômicas moldam os incentivos econômicos: os incentivos para se tornar educado, para economizar e investir, para inovar e adotar novas tecnologias, e assim por diante. É o processo político que determina as instituições econômicas sob as quais as pessoas vivem, e são as instituições políticas que determinam como esse processo funciona. [...] *À medida que as instituições influenciam o comportamento e os incentivos na vida real, elas forjam o sucesso ou o fracasso das nações.*²⁶ (ênfase acrescida)

Para os autores, instituições políticas “inclusivas”²⁷ tendem a apoiar instituições econômicas “inclusivas”. Esse tipo de apoio leva a uma distribuição de renda mais igualitária, capacitando um amplo segmento da sociedade e tornando o campo de atuação político ainda mais nivelado, o que resulta no desenvolvimento econômico e induz uma alocação mais eficiente de recursos²⁸. Por isso, instituições econômicas inclusivas devem assegurar os direitos de propriedade e proporcionar oportunidades econômicas não apenas para a elite, mas para uma ampla seção transversal da sociedade.²⁹

O Estado não pode se apoderar indevidamente da propriedade do cidadão sem indenizá-lo sob pena de se tornar uma instituição “extrativa”³⁰ e não inclusiva. Se uma sociedade empresária, por exemplo, tem seu único estabelecimento comercial desapropriado, precisa receber a justa indenização para ter condições de retomar a atividade econômica interrompida, já que o Estado pode inviabilizar a continuidade da empresa, figurando como um desincentivo à produção e em prejuízo à maximização da riqueza da sociedade.

Desse modo, a Advocacia Pública não pode dar guarida jurídica a uma instituição que desapropriar bem particular sem pagar a justa indenização, sobretudo quando isso for a “coisa certa a se fazer”³¹, por ser contrário ao interesse público e às suas indeclináveis competências constitucionais. Em complemento, conforme afirma Moreira Neto:

Esse é, pois, o *diferencial*, em relação às demais modalidades constitucionais de controle, pois a esse específico ramo caberá *normalmente* atuar, preventiva ou concomitantemente com as funções de governança, de modo a ter *condições de evitar que se produzam ou se mantenham atos inquinados de injuridicidade*, impedindo possíveis e, tantas vezes, gravosas consequências adversas para o interesse público, que delas venham a decorrer, tais como, apenas exemplificando, as paralisações, os danos injustos e terceiros, a corrupção, os favorecimentos e tantos outros vícios.³² (destaques no original).

26 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*. New York: Crown, 2012, p. 42-43.

27 Parece haver conexão do conceito de instituições inclusivas com o conceito de democracia material antes explanado. Cf. ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*. New York: Crown, 2012, p. 81: “Iremos nos referir a instituições políticas que são suficientemente centralizadas e pluralistas como instituições políticas inclusivas. Quando qualquer uma dessas condições falhar, nos referiremos às instituições como instituições políticas extrativistas.”

Livre tradução do original, onde se lê: “We will refer to political institutions that are sufficiently centralized and pluralistic as inclusive political institutions. When either of these conditions fails, we will refer to the institutions as extractive political institutions.”

28 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*. New York: Crown, 2012, p. 81.

29 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*. New York: Crown, 2012, p. 75.

30 “As nações falham hoje porque suas instituições econômicas extrativistas não criam os incentivos necessários para que as pessoas economizem, invistam e inovem.” (Cf. ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*. New York: Crown, 2012, p. 372).

Livre tradução do original, onde se lê: NATIONS FAIL TODAY because their extractive economic institutions do not create the incentives needed for people to save, invest, and innovate.”. (destaque no original)

31 Cf. SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 23. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

32 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 389.

Nessa mesma linha, Guedes ressalta a necessidade de as carreiras jurídicas de Estado protagonizarem iniciativas que privilegiem formas consensuais de prevenção e solução de conflitos:

As carreiras jurídicas de Estado [Defensoria Pública, Ministério Público e Magistratura] têm, ao lado da Advocacia, que atua na representação dos litigantes privados, cada uma de sua parte ou em conjunto, o dever de protagonizar iniciativas que privilegiem formas consensuais de prevenção e solução de conflitos, seja entre particulares ou naqueles que tenham o envolvimento direto da Administração e seus entes.³³

A Advocacia Pública deve agir com independência e autonomia na responsabilidade de cumprir a missão constitucional que lhe foi confiada, auxiliando o Poder Executivo a se tornar uma instituição inclusiva. No limite, o Estado brasileiro não pode ser uma barreira ou um inibidor da atividade econômica, reduzindo o valor da produção e minimizando a riqueza. É nesse sentido macro que se deve compreender a consensualidade como política pública.

4 POSITIVAÇÃO DA FASE ADMINISTRATIVA COMO INCREMENTO EM TERMOS DE CONSENSUALIDADE NO INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO

Segundo Marcelo Neves, a sociedade moderna distingue-se por sua alta complexidade, o que estimula a pressão seletiva e a diferenciação sistêmica³⁴. Logo, segundo o autor, a diferenciação sistêmico-funcional é concebida como característica distintiva da sociedade moderna.

Com a complexidade, diferentes expectativas crescem e se transformam no seio da sociedade civil, com superposição de diferentes e até contraditórias reivindicações. Isso tem impacto no procedimento legiferante, que, numa espécie de filtragem, destaca, dentre a multiplicidade de expectativas normativas *a priori* incongruentes, as expectativas normativas de comportamento congruentemente generalizadas, as quais vão formar o que se chama de direito³⁵ válido³⁶.

A partir daí, exsurge o conceito de positividade, entendida como “seletividade intensificada do direito, o que pressupõe uma diferenciação estrutural e a especialização funcional do sistema jurídico”³⁷. Quando não há diferenciação, não se considera toda a complexidade da sociedade. Daí o fato de existir uma aproximação conceitual entre positivação e diferenciação.

33 GUEDES, Jefferson Carús. Transitabilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 269.

34 NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. Tradução do original alemão por Antônio Luz Costa; revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita; com a colaboração de Agnes Macedo; prefácio original de Niklas Luhman. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 14.

35 Direito, segundo Luhman, citado por Marcelo Neves, é “a estrutura de um sistema social baseada na generalização congruente de expectativas normativas.” (Cf. NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. Tradução do original alemão por Antônio Luz Costa; revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita; com a colaboração de Agnes Macedo; prefácio original de Niklas Luhman. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 25).

36 NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. Tradução do original alemão por Antônio Luz Costa; revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita; com a colaboração de Agnes Macedo; prefácio original de Niklas Luhman. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 32.

37 NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. Tradução do original alemão por Antônio Luz Costa; revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita; com a colaboração de Agnes Macedo; prefácio original de Niklas Luhman. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 33.

De acordo com a teoria luhmaniana, positividade é, sobretudo, a autodeterminação do direito, “o que significa que a manutenção/alteração do sistema jurídico não resulta diretamente das determinações do ambiente, mas de seus próprios critérios, operações e elementos”³⁸. A autodeterminação do direito significa, ademais, a exclusão de qualquer determinação imediata do direito por outros sistemas sociais: política, economia, ciência etc., o qual deve operar conforme seu próprio código³⁹. Isso dá azo à caracterização de um sistema autorreferente ou autopoietico.

É importante trazer à baila outro conceito, o de reflexividade ou autorreferência, mecanismo pelo qual se impede que o sistema jurídico seja heterodeterminado por outros sistemas sociais, em particular pela política⁴⁰, conforme explica o autor:

A reflexividade diz respeito, por exemplo, ao ensino do direito, à normatização da normatização, ao poder sobre o poder e à decisão sobre a tomada de decisão, mecanismos a que subjaz a diferença entre o antes e o depois. [...] como mecanismo no interior de um sistema autopoietico [a reflexividade] implica que o processo referente e o processo referido sejam estruturados pelo mesmo código binário e que, em conexão com isso, critérios e programas do primeiro reapareçam em parte no segundo.⁴¹

Esse conceito de reflexividade se afigura particularmente relevante na medida em que a fase administrativa da desapropriação no Brasil não conta com regulamentação nacional, ou seja, não é positivada, logo não apresenta diferenciação. Se assim o é, o direito se torna mais suscetível de ser capturado por outros sistemas, incluindo o sistema político, em especial quando ocorre a “politização da administração”, que apresenta consequências negativas.⁴²

À medida que cresce o papel da Administração na implementação de políticas públicas, mais ela tende a se politizar⁴³. Moreira Neto alerta que cabe ao Estado se concentrar no campo das decisões políticas, mas deve despolitizar o campo das decisões administrativas:

[...] caberá ao Estado se concentrar no campo das decisões políticas, que devam ser tratadas pelos métodos decisoriais que lhe são próprios, *despolitizando*, em consequência, todas as decisões *administrativas* a seu cargo que possam se eficientemente tomadas com métodos decisoriais voltados ao manejo de predominantemente subsídios técnicos [...].⁴⁴ (destaques no original).

38 NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica*: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Tradução do original alemão por Antônio Luz Costa; revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita; com a colaboração de Agnes Macedo; prefácio original de Niklas Luhman. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 41.

39 NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica*: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Tradução do original alemão por Antônio Luz Costa; revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita; com a colaboração de Agnes Macedo; prefácio original de Niklas Luhman. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 67.

40 NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica*: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Tradução do original alemão por Antônio Luz Costa; revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita; com a colaboração de Agnes Macedo; prefácio original de Niklas Luhman. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 90.

41 NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica*: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Tradução do original alemão por Antônio Luz Costa; revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita; com a colaboração de Agnes Macedo; prefácio original de Niklas Luhman. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 279-280.

42 NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica*: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Tradução do original alemão por Antônio Luz Costa; revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita; com a colaboração de Agnes Macedo; prefácio original de Niklas Luhman. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 258.

43 “De fato, a Administração politiza-se crescentemente ao assumir, com maior flexibilidade decisória, seu papel na implementação de políticas públicas, ao mesmo tempo em que se vê confrontada com a necessidade de participação dos cidadãos no próprio procedimento de tomadas de decisões administrativas, envolvendo-se, assim, em um complexo processo de concertação”. (Cf. BATISTA JR., Onofre Alves. *Transações administrativas*: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 192).

44 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.192.

De estatura constitucional e legal, além de jurídico, a desapropriação é e continuará a ser um instituto político, sendo elemento dela indissociável. Contudo, é preciso encontrar maneiras que impeçam ou reduzam a chance de captura do sistema jurídico pelo político, fazendo valer a autodeterminação do primeiro, mas sem fechá-lo.

Assim, como não é possível retirar totalmente a influência política, é preciso limitá-la ao código não jurídico. Uma forma de impedir, reduzir ou minorar os efeitos dessa politização é justamente através da positivação no sistema jurídico do regramento da fase administrativa da desapropriação, meio pelo qual é possível equilibrar a relação de forças entre o político e o jurídico, sem que este se feche para aquele.

Sendo a influência da política sobre o direito intermediada pelas normas jurídicas, um sistema (como o direito) pode ser considerado normativamente fechado, mas cognitivamente aberto. Logo, o sistema é capaz de assimilar os fatores do ambiente de acordo com seus próprios critérios, mas não ser influenciado diretamente por esses fatores⁴⁵.

Nessa toada, parece haver conexão entre a reflexividade exposta por Neves e, pelo menos, uma das três modalidades de Estado, decorrentes de uma sociedade hipercomplexa⁴⁶, e que compõe o acervo do direito das políticas públicas. Trata-se do Estado-reflexivo, que cria estruturas interiores reflexivas no sistema que pretende orientar, segundo o pensamento de Morand exposto por Bucci:

Para enfrentar o problema essencial da conciliação entre autonomia e direção [...], Morand (1999, p. 132) observa, na linha da autopoiese, que ao invés de intervir do exterior impondo autoritariamente suas soluções, o Estado, por meio de programas relacionais, busca criar estruturas interiores reflexivas ao sistema que ele quer orientar. Os meios de ação passam a envolver a contratualização, tanto na formação, como na implementação e na aplicação do direito.⁴⁷

À vista do exposto, um caminho viável para um ganho em termos de consensualidade do instituto da desapropriação parece ser a positivação no sistema jurídico do regramento de sua fase administrativa, via procedimentalização, permitindo um maior equilíbrio na relação de forças entre o político e o jurídico. Batista Jr. explica o que é procedimentalização, considerada adequada num contexto de sociedade hipercomplexa:

O procedimento é o mecanismo adequado para que se possa alargar a capacidade de decisão do sistema administrativo de uma sociedade pluralista “hipercomplexa”; trata-se de condição necessária, porém não suficiente, para que se possa obter uma decisão justa e eficiente. O procedimento é instrumento fundamental para a racionalidade das decisões e para a eficiência administrativa, uma vez que permite a elaboração de rotinas essenciais em uma organização, bem como a criação de mecanismos de coordenação, facilitando o suprimento do déficit de informações da máquina burocrática e possibilitando melhor tratamento das informações, com a consequente melhor qualidade das decisões.⁴⁸

45 NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. Tradução do original alemão por Antônio Luz Costa; revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita; com a colaboração de Agnes Macedo; prefácio original de Niklas Luhman. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 47-48.

46 “A partir dessa, desdobra-a em três modalidades de Estado, propulsivo, reflexivo e indutor, às quais correspondem, respectivamente, os programas finalísticos, as negociações e as formas de indução. [...] As formas jurídicas associadas ao Estado indutor, ao Estado-reflexivo e ao Estado-propulsivo comporiam o acervo do direito das políticas públicas. (Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e políticas públicas (DPP). *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 791-832, set./dez. 2019, p. 807-808).

47 BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e políticas públicas (DPP). *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 791-832, set./dez. 2019, p. 808.

48 BATISTA JR., Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 192.

Logo, a procedimentalização prestigia a cooperação com o particular na tomada de melhores decisões, fomenta a uniformização jurídica na seara administrativa e alavanca a função ordenadora da Administração ao favorecer a preparação da decisão pelo cotejo entre diferentes alternativas, promovendo um saudável equilíbrio entre os poderes administrativos e a flexibilidade necessária para a persecução do bem comum⁴⁹. Segundo Medauar, “o processo administrativo instrumentaliza as exigências pluralistas do contexto sociopolítico do fim do século XX, e início do século XXI e a demanda de democracia na atuação administrativa”⁵⁰.

De forma concreta, a posituação da fase administrativa deve prever a formação de um contraditório sumário⁵¹, a fim de reduzir o grau de discussão judicial sobre o preço, com prazo estabelecido para o particular apontar, de maneira fundamentada, as razões pelas quais discorda do valor ofertado pela Administração.

Semelhantemente, o laudo de avaliação emitido por um servidor capacitado (geralmente um engenheiro ou arquiteto) pode sofrer alterações caso as informações apresentadas pelo desapropriado, quanto aos critérios utilizados para a formação do justo preço, realmente sejam pertinentes.

Enfim, a questão dos incentivos indicada na seção antecedente vem ao encontro do aqui exposto: eles devem ser positivados como uma forma de trazer segurança jurídica aos envolvidos, quando, por exemplo, além do contraditório sumário, prevejam que o advogado público que atua na seara administrativa seja somente responsabilizado em caso de dolo ou fraude; prevejam com clareza como será elaborado o laudo de avaliação (órgão competente, número de membros, se são servidores comissionados ou não); estabeleçam uma margem de valor (a estimular a negociação), e não uma quantia fixa; e autorizem expressamente a revisão fundamentada da indenização antes fixada, à vista das informações apresentadas pelo desapropriado.

Quanto a este último ponto, guardadas as proporções, parece haver semelhança com o contencioso administrativo fiscal, em que é lavrado um auto de infração, o qual tem sua exigibilidade suspensa pela impugnação do sujeito passivo (art. 151, III, do Código Tributário Nacional), sendo que a decisão dessa impugnação ainda pode ser objeto de recurso somente após a constituição definitiva do crédito tributário. Nesse sentido, poderia ser implementado um contencioso administrativo⁵² do justo preço nas indenizações administrativas.

Por fim, a procedimentalização tem ainda a virtude de funcionar como “controle desde dentro”, promovendo soluções pré-contenciosas:

No Estado Democrático de Direito (pluralista), contata-se certo desapontamento com a operatividade prática que as soluções jurisdicionais oferecem, razão pela qual se reforça a necessidade de buscar soluções pré-contenciosas, sobretudo consensuais. Requer-se, assim, a necessária transferência dos

49 BATISTA JR., Onofre Alves. *Transações administrativas*: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 192-193.

50 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 162.

51 Essa proposta, inclusive, dirigida ao Incra, foi aventada pelo Ministério Público Federal, por ocasião do VII Encontro da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Patrimônio Público e Social, realizado em setembro de 2005. Desse encontro resultou o Manual de Procedimentos, Sugestões e Conclusões. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atualizacao-tematica/ccr5/noticias-1/eventos/encontros/docs_vii_encontro/livro2.pdf. Acesso em: 4 nov. 2020.

52 Posição idêntica é defendida por Luciano Ferraz: “O que se quer significar é que modernamente, na perspectiva de uma administração pública que valoriza o diálogo, o procedimento e as relações jurídicas subjacentes, os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (aplicáveis à etapa administrativa da desapropriação) preparam o terreno para uma *exegese procedimental* do artigo 10 do Decreto-Lei n.º 3.365/41, em ordem a estabelecer, previamente à ação judicial de desapropriação, um ‘contencioso administrativo do justo preço’. (Cf. FERRAZ, Luciano. Por um contencioso administrativo do justo preço nas desapropriações. *Consultor Jurídico*, 6 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/interesse-publico-contencioso-administrativodo-justo-preco-desapropriacoes>. Acesso em: 10 nov. 2020).

conflitos par o momento em que estes precisamente se manifestam, isto é, no decurso procedimental. Para tanto, mecanismo é essencial a abertura da possibilidade de participação dos administrados no iter decisório, o que, antes de qualquer coisa, requer transparência da Administração que, sobretudo, deve facultar o acesso dos cidadãos às informações obtidas no seio da máquina administrativa. O procedimento, assim, acaba por se apresentar como uma das soluções para a própria crise da justiça. Trata-se de um controle “desde dentro”, isto é, incidente sobre a própria intimidade da Administração, ao longo da formação de sua vontade, portanto diferente do controle operado “por fora” pelo Judiciário, geralmente só utilizado *ex post facto*.⁵³

Para o exercício do controle interno e prevenção de juridicidade, o papel da Advocacia Pública é decisivo:

Assim é que, notadamente por essa relevante razão – a da eficiência da função de *Governança Pública* – é que o específico controle de juridicidade exercido pela *Advocacia Pública de Estado* deverá atuar imbricada e articuladamente com o sistema de Governança Pública, para o adequado desempenho das definidas funções constitucionais de *apoio jurídico* e *controle de juridicidade*, que lhe competem.⁵⁴ (destaques no original).

De fato, ao favorecer a transparência e a participação do desapropriado na definição do preço da justa indenização, há um aprimoramento na tomada da decisão administrativa. Uma eventual correção de rumos, num controle realizado concomitantemente ou, pelo menos, em momento contemporâneo ao acontecimento dos fatos, tem muito mais efetividade e pode ser benéfico para a Administração, evitando anos ou décadas de tramitação de uma ação judicial.

5 CONSIDERAÇÕES SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E OS VIESES COGNITIVOS NA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONSENSUALIDADE

A Análise Econômica do Direito (AED) pode ser entendida como um *método*⁵⁵ capaz de formular previsões sobre os efeitos de determinada norma no comportamento humano, na medida em que se presume que esse comportamento é sempre uma resposta a incentivos. Entre outros objetivos, busca testar a eficiência das normas existentes e propor normativos mais adequados⁵⁶. Serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos⁵⁷.

Trabalha-se com a presunção de que uma pessoa age de forma racional para maximizar a utilidade para si própria em todas as áreas da sua vida, e não apenas na área que envolva aspectos econômicos. Isso sugere que uma pessoa responde a incentivos

53 BATISTA JR., Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 190-191.

54 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.389.

55 “[...] no limite, a AED não é, em si, uma teoria da decisão, mas uma ferramenta que pode ser usada para auxiliar o juízo de convicção do operador do direito, em qualquer nível de análise ou aplicação concreta.” (Cf. BERGER, Luiz Marcelo. *Porque o Brasil precisa da Análise Econômica do Direito*. JOTA, 7 nov. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/por-que-o-brasil-precisa-de-analise-economica-do-direito-07112017>. Acesso em: 15 maio 2020). Veja-se, a propósito, SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em direito e economia? Estudos em direito & economia* [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017.

56 WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: RT, 2019, p.136.

57 GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *EALR*, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun., 2010, p. 17.

e que poderá mudar seu comportamento para se adaptar a novos ambientes⁵⁸. Sob a perspectiva econômica, a função básica do direito é a alteração de incentivos, de forma a promover eficiência, o que gera um incremento de bem-estar na sociedade⁵⁹.

Como leis ou políticas públicas mal elaboradas levam à insegurança jurídica, reduzindo o bem-estar. O uso da AED para avaliar proposições legislativas e políticas públicas, em geral, é essencial⁶⁰.

Assim, a AED pode auxiliar em desenhos de políticas públicas mais adequados, transformando-se em ferramenta útil para subsidiar a tomada de decisão e a implementação de políticas públicas em geral, além da consensualidade em particular. Isso abre espaço para ampliar o uso de formas de solução de conflitos que não passam pelo Poder Judiciário, inclusive mediação, conciliação ou negociação.

Todavia, as premissas de que os agentes atuam de forma racional e buscam maximizar a utilidade para si próprios têm sofrido críticas pela economia comportamental⁶¹, que aponta a existência de vieses cognitivos. Com base em evidência empírica, sugere-se que as decisões não são ótimas, já que estão repletas de distorções de julgamentos (vieses), pois confia-se excessivamente na intuição, gerando simplificações e generalizações que, muitas vezes, são armadilhas que atrapalham a solução de problemas complexos.

De modo geral, a ideia de que as mentes humanas são suscetíveis de erros sistemáticos agora é aceita, sendo observados vieses sistemáticos nas próprias decisões, preferências intuitivas que violam consistentemente as regras de escolha racional⁶². Sobre isso, Ribeiro e Domingues explicam que:

[...] as escolhas não são racionais, mas sim limitadas a uma série de fatores que bloqueiam a opção ótima. A disposição de manter o status quo (*inertia*), o sentimento de apego e posse (*endowment effect*), o equívoco no julgamento sobre os efeitos ao longo do tempo (*hyperbolic discount*), a insistência em escolhas ruins (*sunk cost*) etc. são manifestações neurocognitivas que podem ser estimuladas ou evitadas de acordo com os incentivos aos quais os agentes econômicos são expostos (arquitetura dos incentivos)⁶³.
(destaques no original)

Não obstante as críticas, que parecem fundadas, isso não significa que, sob a perspectiva econômica, todas as decisões humanas são pautadas rigorosamente por uma análise de custo-benefício, nem que as decisões racionais sejam obra de uma inteligência superior. Não se busca demonstrar que cada indivíduo é um *homo economicus*, razão pela qual o paradigma da hiper-racionalidade vem perdendo força para uma concepção mais flexível de racionalidade limitada:

58 POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. University of Chicago Law School. 2014, p. 4.

59 POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 90.

60 TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito: proposições legislativas e políticas públicas. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 205, p. 321-345, jan./mar. 2015, p. 323.

61 Cf. KAHNEMAN, Daniel; TVERSKI, Amos. Prospect theory: Na analysis of decisions under risk. *Econometrica*, v. 47, n. 2, p. 263-291, 1979.

62 KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 18.

63 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 462.

Aqui cabe uma ressalva importantíssima: a noção de maximização racional é instrumental. Ela serve para formular hipóteses e construir teorias que permitam simplificar, compreender e prever a conduta humana. A pesquisa em Direito e Economia Positivo não almeja provar que dentro de cada indivíduo viva um *homo economicus*, nem provar que o comportamento dos indivíduos seja decorrência de alguma faculdade específica da mente humana ou de propensão inata. A noção de racionalidade também não significa que necessariamente haja um cálculo consciente de custos de benefícios (embora este cálculo frequentemente ocorra, e qualquer advogado processualista sabe disso porque age estrategicamente no curso processo). Não por outro motivo, a pesquisa em Direito e Economia há muito tempo se vem afastando do paradigma da hiper-racionalidade, geralmente substituindo-o pela noção mais flexível de “racionalidade limitada”⁶⁴.

Essa premissa metodológica de maximização racional, agora marcada como uma racionalidade limitada, mesmo com suas deficiências, parece ser útil, pois o comportamento racional é geralmente previsível, ao passo que o comportamento irracional é normalmente aleatório ou randômico⁶⁵.

A questão não é tanto se a premissa de maximização racional é irrealista (vez que é obviamente imperfeita), mas sim se ela consegue captar o suficiente uma realidade complexa a fim de torná-la inteligível e previsível. Logo, a força dos modelos econômicos está na sua capacidade preditiva e não na sua capacidade de capturar a racionalidade de cada comportamento individualmente tomado⁶⁶, de forma que ainda parece haver utilidade nos estudos de eficiência e maximização do bem-estar.

Os vieses cognitivos, portanto, podem conduzir a decisões ineficientes e devem ser considerados no momento da tomada de decisão. No âmbito do Estado, políticas públicas mal formuladas tendem a causar grave prejuízo ao bem-estar da sociedade, como a) apresentar benefícios notoriamente satisfatórios, mas a custos desnecessariamente altos; b) atingir objetivos diferentes daqueles pretendidos; c) perseguir problemas triviais sem alcançar a raiz do problema enfrentado; d) favorecer grupos específicos utilizando recursos públicos, sem um critério razoável de justiça distributiva⁶⁷.

Apesar disso, há poucos estudos que se concentram nos vieses cognitivos dos formuladores de política pública, o que deve ser modificado, pois tais vieses podem comprometer a eficácia e efetividade de tais políticas.

De fato, é relevante entender os aspectos que se apresentam e que influenciam o formulador na compreensão de possíveis falhas observadas na política pública a ser implementada, levando-os a efetivamente empregar os princípios da administração pública de impessoalidade, moralidade e eficiência no processo de formulação das políticas⁶⁸. Outro aspecto importante é a interação entre regulador e regulado:

64 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? *Estudos em direito & economia* [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017, p. 19.

65 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? *Estudos em direito & economia* [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017, p. 30

66 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? *Estudos em direito & economia* [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017, p. 30-31.

67 TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 475.

68 TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 474.

No processo de elaboração de um regulamento, quando se considera a interação entre regulador e regulado em um contexto de incentivos pré-existentes, o conteúdo da política pública desenhada deixa de se restringir apenas à normatização e passa a incluir ações que promovam maior participação da sociedade regulada, o que pode ocorrer por meio de novos incentivos⁶⁹. (destaque nosso)

Enfim, como um dos objetivos das proposições legislativas e das políticas públicas é aumentar a eficiência, gerando maior bem-estar, é relevante perquirir acerca dos custos de transação envolvidos. Por esse motivo, suas formulações devem levar em consideração os vieses cognitivos com o intuito de reduzi-los⁷⁰.

É importante ressaltar, todavia, que a política pública de consensualidade guarda uma particularidade endógena. Visando a um tratamento holístico do problema da litigância, o programa de ação estatal deve se destinar tanto aos agentes privados quanto aos agentes públicos. De nada adianta, ou pouco se aproveita, que o particular seja inclinado à solução consensual de conflitos se os agentes públicos, cujas atribuições são lidar diretamente com os conflitos (a exemplo da Advocacia Pública), se mantêm refratários a esse tipo de solução.

Por isso, é importante se concentrar nos vieses de cognição comuns (ainda que não exclusivos) dos agentes públicos, notadamente os da Advocacia Pública, pois é o foco do presente trabalho. É importante estudar pelo menos três vieses.

O viés da confirmação ocorre quando o indivíduo dá um peso maior às suas crenças, ideias, interpretações ou experiências prévias do que a novas evidências apresentadas, buscando informações e leituras que confirmem sua percepção sobre o problema proposto, ou quando ele lembra, seletivamente, de acontecimentos ou argumentos ao mesmo tempo em que flexibiliza e invalida argumentos contrários, ainda que lógicos e convincentes⁷¹.

Como explica Kahneman, muitas pessoas são superconfiantes e estão inclinadas a depositar excessiva fé em suas intuições, evitando esforço mental (conforto cognitivo)⁷². Quando acreditam que uma conclusão é verdadeira, ficam muito propensas a insistir em argumentos que parecem sustentá-la, mesmo que esses argumentos não sejam confiáveis. Nesses casos, a conclusão vem primeiro e os argumentos seguem.

Isso parece uma explicação plausível para a resistência à ampliação dos meios consensuais de resolução de conflitos no país e a prevalência da “cultura da sentença” no seio da Administração Pública. Dado que o ensino jurídico do Direito Administrativo no Brasil ainda se assenta em dogmáticas tradicionais⁷³, os agentes públicos continuam a ter apego excessivo a princípios e institutos clássicos, como o da indisponibilidade do interesse público e do ato administrativo, respectivamente. Logo, devido a um conforto cognitivo, é possível que muitos agentes públicos resistam fortemente à adoção de uma postura consensual, ainda que se apresente substancial evidência contrária à litigância excessiva.

Um segundo viés, que guarda correlação com o primeiro, é o do excesso de confiança, segundo o qual um indivíduo superestima as próprias capacidades e, sobre um assunto complexo, julga possuir conhecimento muito mais profundo do que realmente possui. Está

69 TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 475.

70 TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito: proposições legislativas e políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 205, p. 321-345, jan./mar. 2015, p. 323-324.

71 TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 477.

72 KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 60.

73 BATISTA JR., Onofre Alves. *Transações administrativas*: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

relacionado à ilusão de validade, em que só conta a evidência imediatamente disponível⁷⁴.

Consoante ensinam Tabak e Amaral, esse viés pode resultar em uma superestimação do sucesso de uma iniciativa regulatória e levar o Estado à ilusão de que melhorará o ambiente regulatório com uma medida que não trará quaisquer benefícios à sociedade, ou que possivelmente dificultará os negócios de seus agentes⁷⁵. Por isso, a implementação de uma política pública de consensualidade não pode ignorar a necessidade de cooperação entre os diversos órgãos da Administração Pública, sob pena de ser superestimada.

Nesse sentido, a Advocacia Pública, por estar geralmente em contato com o extrato superior da gestão pública, deve fomentar o movimento de *bottom up*⁷⁶ para angariar o maior número possível de evidências úteis à solução consensual de conflitos, suplantando o que está no processo judicial ou no contato formal através de ofícios, circulares e memorandos. É necessária, portanto, uma interação orgânica e concentrada nos demais órgãos e unidades da Administração para obter êxito nessa empreitada.

O desconto hiperbólico é outro viés e está relacionado à tendência humana de escolher uma vantagem menor mais cedo do que uma vantagem maior mais tarde. Abrange também obrigações e o peso que se dá ao cumpri-las no presente ou no futuro⁷⁷. Quando se trata de uma vantagem, o adiamento é negativo e a tendência é que a vantagem perca valor (“desconto”) aos olhos do cidadão. Ao revés, quando se trata de uma obrigação, seu adiamento é bem-vindo, pois parece menos onerosa. Esse raciocínio pode explicar a procrastinação de um dever e a preferência pelo usufruto imediato de um benefício.

Segundo Tabak e Amaral⁷⁸, quando os agentes com esse viés formulam política pública, há forte tendência de serem produzidos programas que maximizem retornos de curto prazo em detrimento de metas de longo prazo, mais estratégicas e estruturantes, o que parece explicar, ao menos em parte, um problema crônico no Brasil: o déficit de planejamento⁷⁹.

No caso da Administração Pública, a procrastinação da resolução de conflitos não raro tem como objetivo o mero adiamento de obrigações financeiras, sem sopesar o custo-benefício da litigância judicial, a majoração dos acréscimos da dívida ou os encargos de sucumbência. O problema se agrava com relação às dívidas de maior valor, que se submetem à regra do precatório⁸⁰ e, frequentemente, são transferidas para outra gestão.

Parece existir, portanto, uma tendência de o gestor público optar pelo não pagamento ou pelo seu adiamento, porque isso lhe traz uma vantagem, em curto prazo, vez que poderá usufruir mais recursos financeiros durante a sua gestão, aumentando a chance de obter maior capital político.

74 KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 261.

75 TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 483.

76 Expressão utilizada em contraponto ao movimento de *top down*, que significa uma imposição de decisões sem colaboração do nível político com o nível técnico. “O enfoque oposto é denominado *bottom up*, de baixo para cima, que enfatiza exatamente os atores, suas relações e negociações, o peso dos interesses locais e dos funcionários que trabalham diretamente com os cidadãos.” (Cf. SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, Tomo 8, p. 2.319).

77 FREDERICK, Shane; LOEWENSTEIN, George; O'DONOGHE, Ted. Time Discounting and Time Preference: a critical review. *Journal of Economic Literature*, v. XL, n. 2, p. 351-401, jun. 2002, p. 360-361.

78 TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 8, n. 2, ago. 2018, p. 480.

79 Cf. PINTO, Elida Graziane. Ciclo das políticas públicas e legitimidade compartilhada das escolhas alocativas: um estudo em busca da vinculação à força normativa do planejamento. In: PINTO, Elida Graziane et al. *Política pública e controle: um diálogo interdisciplinar e face da Lei n.º 13.655/2018*, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

80 A questão dos precatórios no Brasil é multifacetada e complexa, e exigiria, por si só, um estudo exclusivo. Por isso, não se está a questionar o instituto em si, apenas se busca – sob a ótica da AED – jogar luzes sobre ele, para, compreendendo melhor seu papel na engrenagem da Justiça, para extrair maior utilidade na formulação de incentivos/desincentivos.

Por todo o exposto até aqui, uma questão relevante no debate parece ser como a Análise Econômica do Direito pode ser aprimorada com o aumento de atenção aos *insights* sobre o comportamento humano, e como isso pode auxiliar na implementação de uma política pública de consensualidade⁸¹.

6 PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE A TEORIA DO NUDGE E SUA APLICABILIDADE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na AED, ganhou notoriedade o chamado Teorema de Coase, o qual, em linhas gerais, afirma que, em determinada transação econômica envolvendo externalidades, se os direitos de propriedade estiverem claramente definidos, e desde que os custos de transação sejam iguais a zero, a solução negociada é *sempre* a solução ótima, independentemente da alocação de direitos⁸².

Wolkart ensina que o Teorema de Coase evidencia a importância da negociação para alocação eficiente de recursos:

O modelo de Coase trouxe uma poderosa ferramenta na busca de eficiência na forma de decidir a alocação inicial de recursos. Mais do isso, Coase iluminou a importância das negociações como forma de buscar alocação eficiente, bem como a necessidade de se buscar a redução dos custos de transação para que tais alocações sejam possíveis.⁸³

É que a redução de custos de transação e a definição clara de direitos tende a favorecer a negociação, levando a uma alocação eficiente de recursos (solução ótima), independentemente da alocação inicial desses direitos.

Por custos de transação, entende-se que são os custos destinados à realização de intercâmbios econômicos, em função do relacionamento com os demais agentes do sistema produtivo. Esses custos estão associados à procura, negociação e monitoramento do intercâmbio econômico (inclusive os custos de oportunidade)⁸⁴.

Decompondo o Teorema de Coase, vê-se que, em essência: 1) os direitos das partes devem estar nitidamente atribuídos a cada uma delas; 2) os custos de transação precisam ser reduzidos para incentivar a negociação; 3) mediante negociação, as partes chegarão a uma solução eficiente; e 4) a solução é encontrada independente do direito originalmente aplicável⁸⁵.

Definida a premissa de que a negociação leva a uma solução eficiente, a questão central passa a ser como incentivar os envolvidos, especialmente o agente público, a negociar. Principia a criar raízes no seio da Administração Pública moderna o emprego em larga escala de métodos e técnicas negociais, ou contratualizadas no campo das atividades perpetradas pelos órgãos e entidades públicas⁸⁶. Nesse contexto, ganha relevância o estudo da teoria do *nudge*, uma forma de conceber incentivos, como explicam Ribeiro e Domingues:

81 SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, n. 50, p. 1471-1550, 1998.

82 COASE, Ronald H. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução de Heloísa Gonçalves Barbosa; revisão técnica, Alexandre Veronese, Luciana Helena Salgado e Antônio José Maristrello Porto; revisão final Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório, Antônio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016 (Coleção Paulo Bonavides), p. LII.

83 WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: RT, 2019, p.106.

84 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? In: *Estudos em direito & economia* [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017, p. 396.

85 COASE, Ronald H. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução de Heloísa Gonçalves Barbosa; revisão técnica, Alexandre Veronese, Luciana Helena Salgado e Antônio José Maristrello Porto; revisão final Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório, Antônio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016 (Coleção Paulo Bonavides), p. LII.

86 OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009, p. 309.

A tradução não oficial do vocábulo demonstra seu significado: “*nudge*” pode ser entendido como um “empurrão”, um “cutucão”, uma espécie de “indicação” não explícita e não vinculativa de opções previamente programadas pelo agente público. Em 2008, o livro “*Nudge: o empurrão para escolha certa*”, de Cass Sustein e Richard Thaler, consagrou o termo *nudge*. De forma geral, ele atua como um mecanismo influenciador de escolhas individuais com vista ao incremento do bem-estar em diversos setores sociais, como saúde, educação, finanças e segurança. Um dos exemplos citados no livro refere-se à regulação da disposição de alimentos não saudáveis em escolas primárias nos Estados Unidos. A fim de combater a hábitos alimentares inadequados entre crianças em idade escolar, escolas foram incentivadas a posicionar alimentos saudáveis no campo de visão mediano da altura das crianças, de modo que alimentos não saudáveis ficavam ou muito acima ou muito abaixo do campo de visão, levando as crianças a optar, inconscientemente, pelo consumo de alimentos com melhor condição nutricional.⁸⁷

Para os referidos autores, trata-se de um mecanismo sugestivo (*não obrigatório*), que funciona como um “plano prévio de persuasão” à disposição do indivíduo no momento de efetuar suas escolhas, mas sempre respeitando a liberdade de cada, inclusive no que tange às “escolhas ruins”.

Ao fazer uso em larga escala dos instrumentos normativos com base em mecanismos comportamentais, as políticas públicas formuladas com base na ciência econômica comportamental diferem dos tradicionais instrumentos de coerção pura e explícita, características das normas jurídicas clássica elaboradas com base no Poder de Polícia⁸⁸.

Bem se vê que o *nudge* é frequentemente associado à “Arquitetura de Escolhas” e guarda relações com a economia comportamental. Todavia, ambas não se confundem, pois enquanto a economia comportamental é uma subdisciplina científica, o *nudge* se diferencia por ser uma forma particular de aplicar suas descobertas às políticas⁸⁹. Logo, o *nudge* é uma técnica.

Um das grandes críticas a essa teoria é que ela é taxada de paternalista ao reduzir a autonomia individual. O Estado, ao construir políticas que considera “melhores” e estimular sua adoção, pode acabar por retirar do indivíduo a liberdade de escolha. Assim, por trás do *nudging* existe uma ampla discussão sobre os limites éticos e morais que circundam a sua aplicação como forma de efetivar as mudanças comportamentais⁹⁰.

Apesar disso, como se disse, a política pública de consensualidade guarda uma peculiaridade. Ela é voltada a agentes públicos e agentes privados. No caso de se evidenciar um acordo que se mostre vantajoso, que aumente a eficiência e o bem-estar, o agente público não tem a liberdade de aderir ou não. Há um dever da escolha pela primeira alternativa.

A eficiência é ressignificada pelo Direito (assim como o Rei Midas, que tudo o que toca vira ouro, o Direito tudo o que toca torna jurídico⁹¹), por isso é necessária uma eficiência constitucionalmente qualificada, que não se afaste de valores extrajurídicos e que, por isso, deve respeito aos direitos fundamentais e observância aos limites da Constituição Federal.

87 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 466.

88 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 467.

89 TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 484.

90 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 468.

91 A comparação é do Professor Miguel Reale.

Face ao dever de eficiência à luz de ponderações do caso concreto, sem olvidar os ditames constitucionais, o agente público está, portanto, vinculado constitucionalmente (art. 37, *caput*) à tomada de decisão mais vantajosa para a Administração Pública, que, com alguma frequência, está associada à consensualidade, devendo essa porta ser deixada permanentemente aberta ao agente público.

Logo, os incentivos do *nudge*, apesar de necessários e relevantes, não são suficientes para assegurar *per se* a implementação de uma política pública de consensualidade, justamente porque a margem de liberdade do gestor público, no que toca à eficiência, é reduzida, pois existe um dever positivo de vinculação. Por isso, a teoria deve ser vista com temperamentos quando se trata de estímulo à negociação de acordos pela Administração Pública. A peculiaridade antes informada (que parece mitigar sua pertinência) deve ser considerada quando na formatação da “Arquitetura de Escolhas”.

Deve-se, então, buscar a complementariedade entre obrigações e incentivos, já que o efeito das obrigações no comportamento depende da vontade de cooperar, de modo que, se houver mais incentivos, maior a tendência de vinculação à obrigação⁹². Com isso, espera-se estimular os agentes públicos a cooperar para a implementação de políticas públicas de consensualidade.

A doutrina aponta algumas possibilidades de incentivos que podem ser implementadas:

- a) criação de Câmaras de Conciliação, Mediação e Arbitragem em todos os órgãos de advocacia pública, com especialização dos seus integrantes em negociação; b) inclusão de *insights* (v.g. alertas, selos etc.) em sistemas digitais para cientificar a outra parte sobre a possibilidade de realização de acordos com a Administração Pública; c) adoção de sistemas de *call center* na advocacia pública para alertar sobre a possibilidade de acordos; d) criação de sistema de pontuação (*ranking*) entre advogados públicos para premiação final aos que mais realizarem acordos; e) participação periódica em mutirões voltados ao consenso, de maneira mais efetiva; f) produção de regras de transação por adesão em casos repetitivos, cuja probabilidade de êxito do processo seja baixa; etc.⁹³

Trata-se de medidas salutares, as quais podem estimular que o Brasil guarde o compromisso firmado por ele próprio no art. 3º, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil, uma forma de buscar sempre que possível a solução consensual dos conflitos.

7 CONCLUSÃO

No âmbito da Administração Pública, esperar a implementação e a expansão de meios consensuais de resolução de conflitos sem considerar alguns vieses dos agentes públicos, como o viés da confirmação, o viés do excesso de confiança e o viés do desconto hiperbólico, é atuar de forma ineficiente, relegando a matéria a segundo plano. Na realidade, esses vieses devem ser considerados como custos de transação e devem ser reduzidos para incentivar a negociação e promover uma solução ótima (Teorema de Coase). Os vieses cognitivos, assim, podem conduzir a decisões ineficientes e devem ser considerados no momento da tomada de decisão pelo agente público.

92 GALBIATI, Roberto; VERTOVA, Pietro. How laws affect behavior: Obligations, incentives and cooperative behavior. *International Review of Law and Economics*, v. 38, p. 48-57, 2014, p. 56.

93 VARELLA, Marcelo; FERREIRA FILHO, Marcílio. Políticas pública consensuais e o estímulo à negociação pelo agente público. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 147-173, out./dez. 2018, p. 167.

Uma técnica atual para se pensar a adoção de incentivos é o *nudge*, que estimula o indivíduo a tomar decisões “corretas” por meio de mecanismos sugestivos (*não obrigatórios*), respeitando a liberdade individual de cada sujeito. Com isso, seus defensores acreditam ser possível estimular o agente público a optar pela consensualidade ao invés da litigância, especialmente quando isso se revelar mais vantajoso para a Administração Pública.

Como o agente público, diferentemente do agente privado, já está vinculado constitucionalmente a um dever de eficiência, tendo em vista a busca de uma maior vantajosidade à Administração Pública, ele não pode livremente “optar” pela decisão desvantajosa. Em termos de consensualidade, se essa for a opção eficiente, há vinculação e não liberdade do agente público, o que, de alguma forma, parece reduzir a pertinência do *nudge* ao âmbito estatal, ou, pelo menos, essa condição, com todas as suas peculiaridades, deve ser muito bem trabalhada na “Arquitetura das Escolhas”.

Por isso, ainda que relevante, o *nudge* não pode suplantar a busca de outros incentivos para fomentar uma cultura de consensualidade no âmbito público, tampouco descuidar a necessidade de, em certa medida, impor obrigações que vinculem o agente público à consensualidade, inclusive por via de lei e de forma concreta. É que, ao se combinar obrigações com incentivos, há uma tendência de aumentar o comportamento colaborativo do agente público, logo, sobressai a necessidade de pensar como é possível alcançar o equilíbrio entre ambas.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*. New York: Crown, 2012.

BATISTA JR., Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BERGER, Luiz Marcelo. Por que o Brasil precisa da Análise Econômica do Direito. *JOTA*, 7 nov. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/por-que-o-brasil-precisa-de-analise-economica-do-direito-07112017>. Acesso em: 15 maio 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e políticas públicas (DPP). *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 791-832, set./dez. 2019.

COASE, Ronald H. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução, Heloísa Gonçalves Barbosa; revisão técnica, Alexandre Veronese, Luciana Helena Salgado e Antônio José Maristrello Porto; revisão final Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório, Antônio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016 (Coleção Paulo Bonavides).

DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio, BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Coords.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.

FERRAZ, Luciano. Por um contencioso administrativo do justo preço nas desapropriações. *Consultor Jurídico*, 6 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/interesse-publico-contencioso-administrativodo-justo-preco-desapropriacoes>. Acesso em: 10 nov. 2020

FREDERICK, Shane; LOEWENSTEIN, George; O'DONOGHE, Ted. Time Discounting and Time Preference: a critical review. *Journal of Economic Literature*, v. XL, n. 2, p. 351-401, jun. 2002.

GALBIATI, Roberto; VERTOVA, Pietro. *How laws affect behavior: Obligations, incentives and cooperative behavior. International Review of Law and Economics*, v. 38, p. 48-57, 2014.

GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *EALR*, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.

GUEDES, Jefferson Carús. Transitabilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 269.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect theory: Na analysis of decisions under risk. *Econometrica*, v. 47, n. 2, p. 263-291, 1979.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Escolha, valores e quadros. In: KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MORAND, Charles-Albert. *Le droit neo moderne des politiques publiques*. Paris: LGDJ, 1999.

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. Tradução do original alemão por Antônio Luz Costa; revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita; com a colaboração de Agnes Macedo; prefácio original de Niklas Luhman. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 31-50, abr./jun. 2008.

PINTO, Elida Graziane. Ciclo das políticas públicas e legitimidade compartilhada das escolhas alocativas: um estudo em busca da vinculação à força normativa do planejamento. In: PINTO, Elida Graziane *et al. Política pública e controle: um diálogo interdisciplinar e face da Lei n.º 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PINTO, Isabela Cardoso de Matos. Mudanças das políticas públicas: a perspectiva do ciclo de política. *Revista de Políticas Públicas*, São Luís, v. 12, n. 1, p. 27-36, jan./jun. 2008.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. University of Chicago Law School, 2014.

POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 456-471, ago. 2018.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? In: SALAMA, Bruno Meyerhof. *Estudos em direito & economia* [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017, p.11-21.

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 23 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. *In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. Tomo 8.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade Jurídica das Políticas Públicas: a Efetivação da Cidadania. *In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Coords.). O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.

SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, n. 50, p. 1471-1550, 1998.

TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito: proposições legislativas e políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 205, p. 321-345, jan./mar. 2015.

TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 472-491, ago. 2018.

VARELLA, Marcelo; FERREIRA FILHO, Marcílio. Políticas pública consensuais e o estímulo à negociação pelo agente público. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 147-173, out./dez. 2018.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: RT, 2019.

Recebido em: 23.11.2020

Aprovado em: 28.12.2022

Como citar este artigo (ABNT):

CARVALHO, Silzia Alves; TORRES, Daniel Lopes Pires Xavier. Consensualidade como política pública e os incentivos à negociação pelo agente público. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.47, p.49-71, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2023/03/DIR47-03.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

AVALIAÇÃO TRIPARTIDA: UMA PROPOSTA DE CONCEITUAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTENTICIDADE ELEITORAL

TRIPARTITE EVALUATION: A PROPOSAL OF CONCEPTUALIZATION OF THE ELECTORAL AUTHENTICITY PRINCIPLE

Gabriel Vieira Terenzi¹
Renato Alexandre da Silva Freitas²
Renato Bernardi³

*“Eu não quero acreditar, eu quero conhecer”
Carl Sagan*

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo propor uma concepção própria do princípio da autenticidade eleitoral, como autônomo preceito de direito eleitoral, a fim de responder a seguinte questão: tomando como pressuposto a existência de um autônomo princípio de autenticidade eleitoral, qual a concepção que melhor o define e integra com as demais normas eleitorais? A hipótese é de que o referido princípio pode ser conceituado por uma definição tríplex, com três dimensões distintas – formal, instrumental, e substancial. Para avaliar a referida hipótese, adota-se uma metodologia hipotético-dedutiva. Assim, almeja-se, em primeiro lugar, abordar o problema, descrevendo as razões pelas quais as concepções de autenticidade da literatura são insuficientes; para em um segundo tópico descrever-se a hipótese, e, finalmente, promover-se a tentativa de falseamento, verificando se a concepção tripartida ora advogada melhor soluciona o conteúdo do princípio e sua integração com os demais preceitos eleitorais. Conclui-se, finalmente, pela subsistência da hipótese à tentativa de falseamento, na medida em que a abordagem tripartida melhor se adequa a sistemática principiológica eleitoral.

Palavras-chave: aplicação; direito eleitoral; princípio da autenticidade.

ABSTRACT: The present work aims to propose an own conception of the principle of electoral authenticity, as an autonomous precept of electoral law, in order to answer the following question: assuming the existence of an autonomous principle of electoral authenticity, which conception best defines and integrates with the other electoral norms? The hypothesis is that this principle can be conceptualized by a threefold definition, with three distinct dimensions – formal, instrumental, and substantial. To evaluate this hypothesis, a hypothetical-deductive methodology is adopted. Thus, the aim is, firstly, to approach the problem, describing the reasons why the conceptions of authenticity in literature are insufficient; for a second topic to describe the hypothesis, and, finally, to promote the attempt at falsification, verifying whether the tripartite conception now advocated better solves the content of the principle and its integration with the other electoral precepts. It concludes, finally, that the hypothesis persists in the attempt of falsification, insofar as the tripartite approach is better suited to systematic electoral principles.

Keywords: application; electoral law; principle of authenticity.

1 Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Brasil. Membro do Grupo de Pesquisa Sistema Interamericano de Direitos Humanos, Direito Internacional Contemporâneo, e Jurisprudência de Direitos Fundamentais vinculados ao Centro Universitário Toledo. Membro do Grupo de Pesquisa Ideologia do Estado e Estratégias Repressivas, e Democracia e Direitos Fundamentais vinculados à Universidade Estadual do Norte do Paraná. Coordenador do Grupo de Pesquisa Democracia e Direitos Fundamentais. Advogado.

2 Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Brasil. Advogado.

3 Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procurador do Estado.

1 INTRODUÇÃO

Seja enquanto delimitadores da aplicação jurídica, seja ainda como marcos orientadores da hermenêutica, a relevância dos princípios no direito é indiscutível, e cada vez mais abrangente. Se assim o é em qualquer feixe jurídico, mais ainda na seara do direito eleitoral. Neste ramo, regulam-se questões sob as quais repousam anseios e expectativas de toda a população. Não bastasse, a repercussão dessas questões afetam diretamente o poder público, e conseqüentemente o próprio equilíbrio do Estado.

Mais intensamente do que na aplicação eventual de sanções por condutas inapropriadas, é nesse palco jurídico que se determinam – por meio da aferição de condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade – aqueles que estão ou não autorizados a participar ativamente do nosso sistema representativo. Assim atribui-se à atividade jurídica a – em certa maneira paradoxal – possibilidade de punir ou mesmo excluir atores do protagonismo democrático, sob o fundamento de salvaguarda desse cenário, o que evidentemente fomenta conflitos.

Dentre os diversos princípios que incidem na senda eleitoralista, destaca o presente trabalho aquele da Autenticidade. Embora possua divergências em sua denominação, é clara a previsão em diversas fontes do direito, nacionais e internacionais, de “legitimidade”, “honestidade”, ou “normalidade” dos pleitos eleitorais. Ao mesmo tempo, divergentes por vezes as interpretações de sua incidência, ou de quão amplamente pode a autenticidade de uma eleição considerada.

Desse modo, o presente texto tem o objetivo de avaliar uma suposta alternativa aos conceitos tradicionais do princípio, tendo em vista que essas definições parecem incompatíveis entre si e limitadas em relação aos preceitos axiológicos de legitimidade, a fim de responder ao seguinte problema: tomando como pressuposto a existência de um autônomo princípio de autenticidade eleitoral, qual a concepção que melhor o define e integra com as demais normas eleitorais?

A hipótese é de que o referido princípio pode ser conceituado por uma definição tríplex, com três dimensões distintas – formal, instrumental, e substancial – cujas respectivas avaliações são progressivamente mais delicadas. Para tanto, será adotada uma metodologia hipotético-dedutiva, pela qual almeja-se, em primeiro lugar, abordar o problema, para em um segundo tópico descrever-se a hipótese e, finalmente, promover-se a tentativa de falseamento da hipótese.

Assim, o primeiro capítulo se destina a demonstrar a problemática que envolve o conceito de autenticidade eleitoral, a partir da comparação entre as concepções trazidas pela literatura e a demonstração de que estas não esgotam o conteúdo do preceito ou confundem-se com princípios distintos.

No segundo capítulo, descrever-se-ão as dimensões que compõem a proposta de conceituação da autenticidade adotada pelo presente trabalho como hipótese, para, em um terceiro tópico, submeter tal hipótese a tentativa de falseamento, mediante a verificação da sua adequação ao conteúdo axiológico da legitimidade e da sua integração com os demais princípios.

2 O PRINCÍPIO DA AUTENTICIDADE E SUA POSIÇÃO EM RELAÇÃO AOS DEMAIS PRECEITOS ELEITORAIS

Antes de se passar à discussão da autenticidade eleitoral em si, há que se abordar os demais princípios que regem a seara eleitoralista, não somente para contextualizar o preceito com os demais integrantes desse feixe jurídico, mas também para que se possa promover a tentativa de falseamento da hipótese – verificando se a proposta de significado tripartido do princípio é compatível com o ambiente principiológico eleitoral.

Segundo a tradicional conceituação de Robert Alexy, princípios são espécies do gênero “normas”, que se diferenciam das regras na medida em que “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁴, e, portanto, otimizam a operação do respectivo feixe jurídico. Nesse sentido, entre princípios e regras “não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa”⁵, podendo aqueles serem satisfeitos em graus variados de acordo com as possibilidades jurídicas, enquanto as regras, por sua vez, contêm determinações a serem explicitamente satisfeitas⁶.

A título de exemplo, ao analisar a norma de anualidade eleitoral, o Ministro Luiz Fux distingue:

Ao contrário dos princípios jurídicos, que apelam imediatamente para estados ideais a serem alcançados (como o princípio da segurança jurídica (CRFB/199, art. 5º, caput) ou da dignidade da pessoa humana (CRFB, art. 1º, I) – as regras se caracterizam pela enunciação de uma hipótese de incidência e, simultaneamente, do comando a ser desencadeado pela configuração de seus pressupostos de fato⁷.

Para Gustavo Zagrebelsky, as regras determinam como os sujeitos devem se posicionar (como podem ou não podem agir em determinadas situações), enquanto os princípios fornecem critérios para *assumir posições* em situações originalmente indefinidas⁸. O propósito dos princípios, em suma, é a “harmonização de ideias que servirão de base para construção de outras normas de forma sistemática e lógica para solucionar conflitos. É o elo entre o valor e a norma jurídica”⁹.

O presente tópico almeja uma contextualização concisa, porém necessária em relação aos princípios eleitorais no modo como atualmente são apontados pela literatura, até como moldura a fim de que se discuta – no próximo item – a concepção que se considera adequada de aplicação do preceito da autenticidade.

Não se deve, contudo, encampar-se a presente descrição como uma visão que corrobore a multiplicação exacerbada da identificação de princípios. De fato, tem se operado uma tendência de panprincipiologismo, ou seja, de uma desmedida identificação de supostos princípios em normas que ou não podem ser assim classificadas, ou são adotadas apenas de maneira retórica, sem qualquer consideração estrutural da sua relação com o ordenamento jurídico.

Esse fenômeno, quanto ao ramo eleitoral, pode ser compreendido, nas palavras de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, uma vez que:

4 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.91.

5 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90.

6 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90-91.

7 FUX, Luiz. Princípios de Direito Eleitoral. In: NORONHA, João Otávio; KIN, Richard Pae (Coord.). *Sistema Político e Direito Eleitoral Brasileiros: Estudos em Homenagem ao Ministro Dias Toffoli*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 526.

8 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Torino: Trotta, 1992, p. 110.

9 PEREIRA, Erick Wilson. *Direito eleitoral: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 75.

O Brasil pós-1988 experimentou uma proliferação acrítica de princípios, criados de modo subjetivo e com metodologia incerta, dutos para um indesejado ativismo dos operadores do Direito, substituindo a norma legislada, sem indícios de inconstitucionalidade, por aquelas que eles gostariam que tivesse sido feita. A abstração e generalidade próprias dessas modalidades normativas propicia alargado contrabando ideológico do intérprete, que porá ênfase em versões mais condizentes com sua visão de mundo e interesses. Assim é que um moralista eleitoral, pecha que se costuma apor sobre os entusiastas da Lei da Ficha Limpa, por exemplo, não tardará em indicar a boa governança como princípio eleitoral, ao passo que alguém que não se afina com as restrições daquela lei complementar dirá que ela ofende o princípio da elegibilidade¹⁰.

Afinal, é pertinente que:

Não é qualquer um e nem é qualquer coisa que pode ser princípio. Do contrário, teremos que abandonar a tese dominante de que princípios são normas. [...] é ainda possível – e necessário – ressaltar que não se pode partir do princípio para resolver um caso. Isso seria fazer raciocínios teleológicos. Haverá uma regra (norma em geral) apta a resolver o caso a partir de uma reconstrução principiológica (reconstrução da história institucional). Esse é o espaço e o papel dos princípios¹¹.

Para além da celeuma a respeito da qualidade de princípios em si, pode-se também debater a natureza *eleitoral* de determinados preceitos os quais, em verdade, parecem se tratar de princípios do direito constitucional ou mesmo “standards de decisão, máximas de experiência úteis na interpretação de controvérsias ou regras vindas da Constituição e da lei”¹².

Nesse sentido, o objetivo do presente tópico é meramente o de atribuir significação e conceito, em sentido amplo, aqueles princípios usualmente identificados pela ciência na seara eleitoralista, sem contudo possuir a pretensão de exaurir a discussão a respeito de quais seriam ou não os preceitos taxativamente eleitorais, ou corroborar aquela principiológica identificação exacerbada de diversos pseudo-preceitos. Fechado este parêntesis, passa-se a abordar as referidas normas.

Uma das mais essenciais máximas jurídicas, o Princípio da Igualdade, possui uma afinidade eleitoral própria, dada a qualidade competitiva das eleições democráticas. *A priori*, encontra respaldo no artigo 5º constitucional, que determina serem todos iguais perante a lei, todavia, segundo tal comando, duas vertentes devem-se extrair: antes de mais nada, que não deve o Estado dispensar tratamento distinto a dois indivíduos em uma mesma situação, e, não obstante, que deve o Estado promover a efetivação desta igualdade, por meio de condutas ativas que concretizem tal ideal.

Assim, em matéria eleitoral, incide o princípio da igualdade ora como pressuposto de uma prestação negativa estatal, ora como motivador de conduta positiva por parte do poder público. No primeiro caso, deve nortear, seja a produção legislativa, seja a prestação jurisdicional, a neutralidade; não se podendo favorecer indevidamente candidato, partido político, coligação ou ideologia.

10 GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Direito eleitoral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 41.

11 STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí (SC), v.15, n.1, p.158-173, 2010, p.526. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 24 dez. 2022.

12 GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Direito eleitoral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p.44.

Em razão daquela mencionada característica de disputa, segunda a qual, na leitura de Schumpeter¹³, a democracia ocidental assume uma natureza *concorrencial* na qual os candidatos competem pela obtenção do voto, a igualdade, sob a perspectiva do direito eleitoral, assume uma estrutura de *igualdade de oportunidades* na competição, nomenclatura adotada por Oscar Sanchez Muñoz¹⁴.

Por força deste preceito, é gerada uma “imposição de existência da igualdade de chances nas disputas eleitorais. Sendo assim, o Estado e a Legislação devem facilitar que candidatos e partidos políticos possam concorrer de forma não fictícia”¹⁵. Em uma primeira dimensão, há a garantia da própria “liberdade de acesso” à competição eletiva. Por sua vez, em uma segunda dimensão, impõem-se a regulação da atuação dos atores que participam da competição, distinguindo influências legítimas de vantagens abusivas à autodeterminação de escolha do votante¹⁶.

Justamente por isso incide o preceito em diferentes perspectivas do ramo. Quanto aos eleitores, por exemplo o artigo 14 da Constituição Federal determina que o voto possuirá “valor igual para todos”¹⁷. Quanto aos candidatos, por sua vez, a Lei das Eleições veda determinadas condutas em seu artigo 73 justamente por as considerar “tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos”¹⁸.

É nessa última dimensão a sucinta conclusão de que “as eleições em um regime verdadeiramente democrático devem ser pautadas pela igualdade de oportunidades entre todos os candidatos em disputa”¹⁹. Noutra giro, se espera uma atuação tendente a mitigar as diferenças inerentes ao processo democrático, dirimindo privilégios, vedando abusos e em especial promovendo-se a equidade de oportunidades políticas.

É nessa expectativa positiva, que se lastreia a edição de diplomas normativos os quais, a título de exemplo, impõem limites aos gastos de campanha ou ainda promovem a inclusão obrigatória de percentual de cada gênero em partidos políticos. Analogicamente, John Locke expunha²⁰ a sociedade como um corpo múltiplo, agindo ante o consentimento do conjunto de seus indivíduos, cujo sentido de movimento seria determinado pela direção em que fosse aplicada a maioria das suas forças individuais. Ocorre que

Há um pressuposto implícito e importante de que a influência das partes sobre o movimento do todo é igual. Se alguma das partes tem mais massa do que outras, ou se seus movimentos são mais agitados, não há, naturalmente, mais nenhum motivo para supor que o coro irá mover-se em conformidade com a direção do maior número de partes²¹.

Nesse sentido, a igualdade pressupõe, acima de tudo, a adequada e equitativa valorização das posições individuais, conferindo legitimidade a uma decisão coletiva justamente por contemplar as múltiplas opiniões individuais, o que se relaciona com o ideal de autenticidade que futuramente será exposto.

13 SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1984.

14 MUÑOZ, Oscár Sanchez. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

15 VASCONCELOS, Clever; SILVA, Marco Antonio da. *Direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.25.

16 MUÑOZ, Oscár Sanchez. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 67-69.

17 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em 05 fev. 2019.

18 BRASIL. *Lei nº 9.504/97*. Brasília, 30 de setembro de 1997 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm. Acesso em: 13 fev. 2019.

19 ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de direito eleitoral*. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 55.

20 LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 468.

21 WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 160.

Princípio igualmente indispensável consiste no sigilo das votações. Por tal comando, impera em nosso sistema eleitoral a necessidade de que a intenção do eleitor seja resguardada. Com o sigilo se busca não só efetivar a espontaneidade do voto como também mitigar a oportunidade de comercialização deste. Em verdade, sob certas avaliações a determinação de sigilo se relaciona com a igualdade de oportunidades, na medida em que a devassa das preferências poderia fazer com que determinados candidatos se beneficiassem de maneira abusiva, por meio da captação de votos ou da utilização de represálias.

Léo Moulin identifica a tradição do sigilo com raízes nas práticas clericais medievais:

O princípio da votação secreta, “*ore ad os*”, é, inquestionavelmente, de origem religiosa. Já estava em uso no mundo eclesiástico antes de 1215, data em que foi adotado, e por muito tempo o cuidado de organizar esse sistema de votação ficou comprometido com religiosos, profissionalmente mais discretos do que os oficiais municipais (tradução nossa).²²

Com efeito, se por um lado a legislação protege o votante para que este realize seu direito ao sufrágio sem temer represálias, por outro também o coíbe de se valer do pleito para auferir vantagens ilícitas. Neste sentido, cláusula pétreia constitucional determina o segredo do voto (artigo 60, § 4º, II); enquanto diversas as previsões similares da legislação infraconstitucional. O Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65) prediz inclusive tipos penais decorrentes da violação do sigilo (“Art. 312. Violar ou tentar violar o sigilo do voto: Pena - detenção até dois anos”²³).

Há ainda que se abordar o princípio da soberania popular, ou mesmo “princípio democrático”. Muito embora os reais contornos do termo pertençam ao campo histórico, filosófico e político; e não obstante as mutações semânticas do mesmo, o conceito de democracia engloba, corriqueiramente, a ideia de um sistema de governo que *emane* do povo.

A definição exata do conteúdo jurídico da soberania popular como princípio eleitoral escapa aos propósitos do presente trabalho, até porque, como horizonte normativo da ciência política²⁴, “democracia” tornou-se um conceito disputado, plurívoco. Para os fins deste texto, é pertinente reconhecer que “mais que princípio inscrito na Lei Magna, a democracia constitui fundamento e valor essencial das sociedades ocidentais, definindo sua estética, o modo como elas existem e operam”²⁵.

O ideário de soberania popular foi essencialmente inaugurado por Jean Jacques Rousseau²⁶, segundo o qual “somente a vontade geral tem possibilidade de dirigir as forças do Estado, segundo o fim de sua instituição, isto é, o bem comum”. É de se observar que “Rousseau ultrapassou restrições opostas ao exercício ilimitado do poder, determinado pelas leis divinas e pelo direito natural, para assentar que o povo, submetido às leis, deve ser o autor das mesmas”²⁷, já que apenas àquele sujeito ao pacto social deve caber opinar sobre suas cláusulas.

22 MOULIN, Léo. Les origines religieuses des techniques electorales modernes et deliberatives modernes. *Revue Internationale d'Histoire Politique et Constitutionnelle*, Paris, p.143-158, abr./jun. 1953, p.158. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/polix_0295-2319_1998_num_11_43_1746. Acesso em: 09 dez. 2019.

No original: “Le principe du scrutin secret, «*ore ad os*», est incontestablement d'origine religieuse. Il était déjà en usage dans le monde ecclésiastique avant 1215, date où il fut adopté, et pendant longtemps le soin d'organiser ce système de votation fut commis à des religieux, professionnellement plus discrets que les mandataires communaux”.

23 BRASIL. Lei nº 4.737/65. Brasília, 15 de julho de 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm. Acesso em: 13 fev. 2019.

24 MIGUEL, Luis Felipe. *Democracia e representação: territórios em disputa*. São Paulo: Editora UNESP, 2014, p.28.

25 GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 68.

26 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios de direito político*. Tradução de Antônio P. Machado; estudo crítico de Afonso Bertagnoli. 19. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999. (Coleção Clássicos de Bolso), p. 21. Leia mais: <https://www.sabedoripolitica.com.br/news/referencias-bibliograficas-do-contrato/>.

27 ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. *Direito eleitoral regulador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 21.

Evidentemente, as democracias contemporâneas afastaram-se sobremaneira dessa visão idílica rousseauiana, aproximando-se, na já mencionada perspectiva competitiva, a uma disputa plural no qual o direito não mais é fruto racional necessariamente identificado com o “bem-comum”, mas sim resultante de um procedimento político pautado por compromissos plurais entre maiorias e minorias²⁸.

Pode se afirmar que “a concepção do sistema político moderno foi, essencialmente, resultado da fusão entre o conceito de soberania popular e o conceito de cidadão, [...] um ator político fortemente engajado.”²⁹ Concisamente, nas democracias contemporâneas, o “exercício da cidadania se instrumentaliza na forma de representação política. A soberania popular se materializa como representação por meio de eleições.”³⁰

Quanto ao lastro normativo, a Carta de 1988 expressamente impõe (artigo 1º) a nossa República constituir-se como um Estado Democrático de Direito, e ainda estabelece (art. 14) que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos. Não bastassem as inúmeras menções no texto constitucional a um regime ou a instituições *democráticas*. Não à toa, para José Jairo Gomes³¹, a soberania popular se revela na força suprema que confere legitimidade ao Estado.

Há ainda que se abordar o Princípio da Moralidade. Tal se encontra em estreita intersecção com o direito administrativo, visto que a afinidade às normas morais deve pautar não só a atuação do candidato durante a campanha, mas também sua postura e objetivos políticos se eventualmente conquistado o mandato.

Assim, “o mandato obtido por meio de práticas ilícitas, antiéticas, imorais, não goza de legitimidade. Mais que isso: significa que o mandato político deve ser sempre conquistado e exercido dentro dos padrões éticos aceitos pela civilização”³².

É nessa toada a Lei Complementar nº 64 de 1990 – a Lei de Inelegibilidades – que atenta ao comando do artigo 14, § 9º da Constituição, como forma de proteção à moralidade para exercício de mandato. Em uma visão mais abrangente, a moralidade é pressuposto do processo eleitoral, devendo com ela se coadunar as práticas de qualquer agente político, mesmo com os atritos naturais na corrida pelo pleito.

Outro preceito essencial ao ordenamento jurídico brasileiro é o princípio da universalidade, mais uma vez advindo da cláusula de pedra do artigo 60, § 4º, II, constitucional. Ao ser o voto considerado universal, quer-se estabelecer que será este conferido à população de modo indiscriminado.

Decorre desse mandamento que os requisitos para o exercício da capacidade política ativa devem ser pautados em critérios objetivos, os quais uma vez atingidos, garantem a seu detentor o direito ao voto, independentemente de outras características. Anteriormente à constância de tal preceito, comum a utilização da etnia, do sexo, e da renda, entre outros, como condicionantes aos direitos políticos, o que resta atualmente inconcebível.

O princípio possui grande afinidade com aquele da igualdade, pois uma vez utilizado uma razão para conferir ou suprimir a capacidade política, esta deverá vir a ser aplicada *universalmente*, e não de modo casuístico.

28 KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins fontes, 2003, p. 39-46.

29 THORNHILL, Chris. *Crise democrática e direito constitucional global*. São Paulo: contracorrente, 2021, p. 38.

30 COELHO, Margarete de Castro. *A democracia na encruzilhada: reflexões acerca da legitimidade democrática da justiça eleitoral brasileira para a cassação de mandatos eletivos*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 25.

31 GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 41.

32 GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 88.

Finalmente, pode se mencionar o pluralismo como um princípio eleitoral brasileiro, na medida em que a Constituição estabeleceu o pluralismo político como fundamento da República (art. 1º), e o pluripartidarismo como um critério determinante na criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos (art. 17). Segundo Raquel Cavalcanti Ramos Machado, o princípio se relaciona com a complexidade inerente das sociedades democráticas “diante da diversidade ideológica dos vários grupos que as integram e da aceitação dessa heterogeneidade”³³.

Ante o contexto exposto, passa-se a abordar o princípio da autenticidade do pleito. Não obstante possa-se traçar seu lastro ao já referenciado artigo 14 constitucional, o qual em seu § 9º privilegia a “normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”, sua significância certamente vai além.

A própria nomenclatura do preceito varia na literatura: Rodrigo Tenório o nomeia de “normalidade e legitimidade das eleições”³⁴; e o mesmo faz Rodrigo Lopes Zilio³⁵. Já Eneida Desiree Salgado opta por chamá-lo de princípio da autenticidade³⁶; enquanto Marcos Vinicius Furtado Coelho o menciona como “aproveitamento do voto”³⁷.

Embora não seja a Doutrina unânime quanto ao seu conceito, há uma constante no sentido de ser a legitimidade qualidade conclusiva daquelas eleições que obedecem os pressupostos jurídicos aqui abordados. Nesse sentido: “uma eleição normal e legítima será aquela na qual a contenda fica imune de vícios, de possíveis fraudes e, conseqüentemente, a escolha da maioria da população fez-se representar por meio do voto”³⁸.

Roberto Moreira de Almeida³⁹, similarmente, mas calcado em um valor de cidadania, atrela o princípio a uma perspectiva mais concreta e legalista, no sentido de haver o desrespeito à lisura do pleito quando se violarem dispositivos normativos que estabelecem igualdade entre os candidatos.

Tal noção é contraposta pelo conceito de que a “ideia de legitimidade é bem mais ampla e sutil, pois já pressupõe essa adequação, isto é, pressupõe a legalidade; na verdade, encontra-se a legitimidade relacionada a um sistema de valores”⁴⁰. Nesta linha de raciocínio mais ampla, seria a legitimidade uma concessão do povo, de modo a garantir o exercício do poder político que conferido aos seus representantes – *legitimamente* – eleitos. Ou seja, estaria presente quando (e somente quando) a comunidade reconhecesse o procedimento como adequado.

Para Raquel Machado, o significado é mais atrelado à uma purgação de influências abusivas, de modo que a decisão eleitoral seja “genuína”:

O processo eleitoral não deve sofrer interferências que deturpem o debate de ideias, pelo que também se devem afastar atos representativos de abuso do poder econômico e do abuso do poder político. O normal em uma eleição é a apresentação de propostas e a possibilidade de escolhas do eleitor com

33 MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Direito eleitoral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 31.

34 TENÓRIO, Rodrigo. *Direito Eleitoral*, São Paulo: Método, 2014, p. 39.

35 ZILIO, Rodrigo Tenório. *Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 31.

36 SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral*. 2010. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

37 COELHO, Marcos Vinicius Furtado. *Direito Eleitoral e Processo Eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 85.

38 RAIS, Diogo (Org.). *Direito eleitoral digital*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 29.

39 ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de direito eleitoral*. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017

40 GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 87.

base nelas. A partir do momento em que outros fatores, nocivos à liberdade, influenciam as escolhas do eleitor, as eleições deixam de ser normais⁴¹.

Com a exposição, quer-se demonstrar que esse ideal de lisura do pleito admite interpretações distintas, mais ou menos abrangentes. Embora o presente trabalho se filie à noção mais valorativa, no sentido de a legitimidade ser característica que deve vir a ser atribuída a uma eleição digna e efetiva, também merece crédito a ideia de pressupor-se legítimo aquele sufrágio que respeitou seu regramento jurídico.

Não se deve olvidar que “a garantia da lisura das eleições nutre-se de especial sentido de proteção aos direitos fundamentais da cidadania (cidadão-eleitor)”⁴². Tal visão serve de lembrete de que os direitos políticos integram o feixe de direitos humanos de primeira dimensão, devendo sua garantia ocupar protagonismo em qualquer ordenamento normativo.

Assim, também se pode recorrer aos instrumentos internacionais de proteção aquele ramo como fonte principiológica eleitoral. Nessa toada, as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 23, item b, e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 25, item b, os quais garantem a todo cidadão o direito “de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário”⁴³ por meio de voto secreto, que garanta a manifestação da vontade dos eleitores.

Note-se haver, outrossim, uma sobreposição, seja no ordenamento jurídico interno (constitucional e legal) brasileiro, seja nos sistemas regional e global de proteção aos direitos humanos, do referido princípio. Muito embora a nomenclatura divirja, os conceitos de legitimidade, lisura, autenticidade e honestidade do pleito são, inegavelmente, equivalentes.

Ocorre que as referidas e disputadas conceituações do princípio não parecem elucidar de maneira conclusiva os contornos concretos do conteúdo desse preceito. Ora, caso o seu significado se tratasse do mero respeito ao regramento jurídico, não se poderia falar propriamente de um princípio, mas apenas da vinculação às regras constitucionais e eleitorais, ou, se tanto, de uma homenagem ao princípio da legalidade ou da segurança jurídica.

Ao mesmo tempo, outras definições da autenticidade, como a de uma qualidade derivada do reconhecimento popular não se encontram despida de vícios. Afinal, o propósito de normatização do processo eleitoral é justamente o de submetê-lo ao controle. Se é certo que, indiretamente, esse controle é submetido à soberania popular por meio de mecanismos de transparência e responsabilização, fato é que o controle imediato é exercido pela Justiça Eleitoral, inclusive *limitando* a liberdade dos votantes a fim de “conformar corretamente a vontade popular”⁴⁴.

Isso implica que uma concepção do princípio da autenticidade como dependente do assentimento da população seria, em si, estruturalmente contraditório inclusive com os demais preceitos político-eleitorais, já que desrespeitaria a razão de ser do ordenamento jurídico desse feixe – proteger a lisura do sufrágio inclusive por intervenções “contramajoritárias”. Basta adotar, como exemplo, a situação em que um candidato ainda que amplamente benquisto pela maioria da população, deverá ter sua candidatura indeferida caso não preencha as condições legais de elegibilidade – nessa hipótese, o pleito continuaria a ser autêntico.

41 MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Direito eleitoral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 33.

42 RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 22.

43 ONU. *Pacto internacional sobre direitos civis e políticos*. Nova Iorque, 19 de dezembro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 03 jun. 2019.

44 COELHO, Margarete de Castro. *A democracia na encruzilhada: reflexões acerca da legitimidade democrática da justiça eleitoral brasileira para a cassação de mandatos eletivos*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 67.

Finalmente, a ideia de que a legitimidade deriva da pureza do procedimento eletivo despido de influências abusivas, embora possivelmente bem-intencionado, é a um só tempo irreal e perigoso. Irreal, na medida em que fatores reais de poder como posição política, recursos financeiros e ativos midiáticos terão sempre um papel de influência na escolha da opção do votante. Bernard Manin menciona essa característica como “aspecto aristocrático do representante”⁴⁵, escolhido pelo eleitor justamente por determinadas características tidas como “superiores”.

De maneira pragmática, seria infértil que a operação do preceito jurídico almejasse expurgar completamente essas influências. Não bastasse, uma interpretação como essa do princípio da autenticidade implicaria em uma arriscadíssima permissão de que as opções sufragadas fossem descartadas sempre que – a critério dos responsáveis pelo controle das eleições – não tivesse havido suficiente “genuinidade” nas influências aos votantes, o que, diga-se de passagem se trata de uma medida bastante complexa de se averiguar.

Portanto, as concepções que a literatura promovem do preceito parecem ser, em si mesmas, insuficientes, incompatíveis, por uma abordagem principiológica, com a estrutura da normativa eleitoral. Ademais, poder-se-ia argumentar que em algumas dessas conceituações, o preceito estaria na verdade contido em princípios distintos: o respeito às normas pode muito bem ser acomodado nos preceitos de moralidade e igualdade, enquanto a ideia de que autenticidade significa reconhecimento popular corresponde ao princípio da soberania, e a concepção de que depende da pureza das influências dialoga com o pluralismo e com os demais princípios.

A conclusão a que se alcança é que ou o princípio da autenticidade (nas diversas nomenclaturas que se queira adotar) não existe – ao menos não como um princípio genuinamente *eleitoral* –; ou que, caso exista, seu conteúdo necessariamente precisa ser distinto daquelas concepções trazidas anteriormente. Tomando como verdadeira a premissa de existência de um princípio de autenticidade, o presente trabalho passa a abordar como hipótese uma concepção tripartida da norma.

3 UMA CONCEPÇÃO TRIPARTIDA DO PRINCÍPIO DA AUTENTICIDADE ELEITORAL

Justamente como tentativa de compatibilizar as distintas visões a respeito do conteúdo do preceito de autenticidade do sufrágio, o presente trabalho propõe que essa qualidade deve ser aferida por três dimensões distintas e cumulativas, sendo certo que o atendimento a qualquer uma destas, sem a adequação às demais, não conferirá legitimidade à eleição.

Em um primeiro momento, compreende-se evidentemente como pressuposto de autenticidade de qualquer pleito o seu obediência à legislação eleitoral pertinente. Para que um sufrágio seja autêntico, deve este proceder desde seu início com a fiel observância do que determinam as normas jurídicas que o regulam. Parece ser esse o conceito que lhe atribuem Vasconcelos e Silva⁴⁶ segundo “a averiguação da lisura, higidez e legalidade das eleições”.

Por óbvio, não se deve para tanto exigir uma fidelidade hiperbólica à toda e qualquer minúcia procedimental estabelecida. Em verdade, o que diferencia um pleito autêntico daquele ilegítimo nesta primeira dimensão proposta é o respeito à própria previsão legal do trato de suas nulidades. Como visto, o Código Eleitoral estabelece ao juiz o dever de abster-se de “pronunciar nulidades sem demonstração de prejuízo”⁴⁷ (artigo 219).

45 MANIN, Bernard. *The principles of representative government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p.134.

46 VASCONCELOS, Clever; SILVA, Marco Antonio da. *Direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.23.

47 BRASIL. Lei nº 4.737/65. Brasília, 15 de julho de 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm. Acesso em: 13 fev. 2019.

Assim, um processo eleitoral qualquer, ainda que em seu decorrer estejam abrangidos fenômenos irregulares, poderá conservar sua legitimidade, quando não for o caso de decretação de nulidade. Igualmente, quando da ocorrência efetiva dessas nulidades em um pleito, seu pronunciamento, com a respectiva aplicação de sanções e a sua correção, tudo de acordo com o que determina a legislação, fará subsistir a autenticidade.

O que não se pode admitir, sob nenhuma hipótese, em um sufrágio autêntico é a perversão de regras jurídicas, sejam elas materiais ou processuais; a prestação jurisdicional arbitrária, e a utilização de qualquer argumento que intente justificar a violação do procedimento legalmente estabelecido. Nesse sentido, especial valor adquire o preceito uma vez que a aplicação da autenticidade faz incidir uma consciência retificadora aos conflitos eleitorais.

Com efeito, uma determinada postura contrária ao procedimento eletivo previamente estabelecido, não fosse a atuação jurisdicional, poderia evoluir para a perversão estrutural do sufrágio ou mesmo para um conflito ideológico. O princípio em análise, assim, converte-se em um remédio democrático destinado a males democráticos, ou seja, em uma solução aos conflitos que, de outro modo, poderiam corroer a legitimidade do resultado das eleições.

Daí emana a noção de que a legislação eleitoral, em relação ao preceito de autenticidade “deve ser considerado como uma projeção do mesmo, e, portanto, deve ser interpretado à luz de seus postulados fundamentais”⁴⁸. Oportuno ainda recordar que esta observância deve-se dar a nível legal, constitucional e até mesmo internacional, já que diversas as regras provenientes de tratados internacionais as quais dizem respeito a procedimentos eletivos.

Não obstante deva a intervenção do Estado, de modo geral, e da Justiça Eleitoral, em específico, na senda do exercício de direitos políticos ser reduzida ao mínimo, tão somente nas hipóteses estritamente previstas e com a intensa observância da neutralidade; também não se pode admitir que as nulidades prevaleçam, ainda que alicerçadas por votos. Equivale a dizer que o apoio popular, ainda que majoritário, não expurga o pleito de nulidades nem isenta um eventual eleito de responsabilidade por abusos cometidos.

Nesse sentido, o regramento eleitoral visa “domesticar” a concorrência entre candidatos e partidos, cuja competição poderia se aprofundar em ilícitos caso não houvesse a referida proteção. Em verdade, as normas que regulam o pleito servem como uma espécie de vinculação aos próprios eleitores, um compromisso não-majoritário entre todos os atores da disputa.

Estes atores, previa e tacitamente, consentem em submeter a sua busca por apoio eleitoral a um determinado processo, processo esse que prevê, inclusive, crimes e nulidades quando não houver a observância de determinadas normas. O que Habermas nomeia de “soberania popular como procedimento”⁴⁹.

De fato, é a consonância com o rito e com as regras o primeiro passo que confere autenticidade jurídica ao pleito. Por outro lado, parece certo que ainda que fielmente adimplidas as normas eleitorais, poderá uma determinada eleição ser tida como ilegítima, senão vejamos.

Ora, por mais óbvio que pareça, basta imaginar uma situação na qual a *contagem* de votos seja viciada, e/ou que o órgão responsável por atribuir a vitória ao respectivo eleito, de maneira arbitrária reconheça outrem como vencedor, por preferências políticas, ideológicas, ou mesmo por pressões ou ameaças. Ainda que a legislação tenha sido – durante o

48 CONDE, Enrique Alvarez. Los principios del derecho electoral. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n.9, p.9-37, maio/ago. 1991, p. 46. No original: “Debe ser considerada como una proyección del mismo, debiendo, por lo tanto, ser interpretada a la luz de sus postulados fundamentales”.

49 HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 601.

desenvolvimento do sufrágio – respeitada, a perversão abrupta e autocrática do resultado obviamente lhe despe de qualquer legitimidade.

Semelhante descrição ocorria na prática da degola, em que “o número depositado nas urnas era de pouca significação no reconhecimento, desde que houvesse intenção política de conservar ou afastar [o candidato]”⁵⁰. Outros exemplos podem ser encontrados em estados com democracias frágeis, classificados por Steven Levitsky e Lucan Way como “autoritarismos competitivos”, nas quais embora haja a previsão de eleições nas quais a “oposição” pode tomar parte, graus variados de perseguição ou de violência desbalanceiam a relação em favor dos detentores do governo⁵¹.

Assim parece necessário, como um segundo pressuposto de autenticidade, que o sufrágio se revele em instrumento apto à aferição da vontade popular, sendo seu resultado uma *representação fiel* dessa intenção coletiva⁵². Mais do que isso, é necessário à qualquer declaração de legitimidade, que uma determinada votação seja hábil a demonstrar de modo puro e claro o anseio predominante da população.

Por óbvio, tal aferição resta muito mais complexa do que a de mera adequação normativa, a qual compõe a primeira dimensão da honestidade eleitoral. Antes de mais nada, deve a eleição ser capaz de, inserida em um ambiente democrático e republicano, e ainda com o respeito às normas vigentes, efetivar a soberania popular, por conduzir como vitorioso aquela, dentre uma pluralidade de opções, que prevaleça aos eleitores.

Imagine-se um ordenamento jurídico cujas normas políticas limitem manifesta e desproporcionalmente o exercício da capacidade política ativa, dificultando o ato de votar, ou restringindo-o a uma parcela inaceitavelmente pequena da população. Uma votação nesses termos realizada, ainda que com a observância fanática de todas as regras aplicáveis, não poderia, no sentir da presente hipótese, ser considerada autêntica.

Em tal exemplo, muito embora não tenham ocorrido sequer uma *ilegalidade*, resta inegável a *deslegitimidade* do eleito (seja este um candidato, um partido ou uma própria ideologia), pois sua designação não foi consequência de uma ferramenta coletiva do povo, nem respondeu à prevalência de uma vontade popular exercida soberanamente.

Daí que se pode denominar aquela primeira caracterização como *autenticidade formal* ou *regulamentar*, pois relativa ao obediência das regras jurídicas. Quanto a presente, entende-se como *autenticidade instrumental* ou *finalística*, por ser constatada quando da adequação de um determinado procedimento eleitoral à efetivação da soberania popular, mediante a escolha de representantes ou à influência na esfera político-estatal.

Na atual sistemática jurídica global, com a justa priorização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, diminuíram-se as possibilidades de ocorrência desta modalidade de deslegitimidade. Caso um ordenamento interamericano garantisse o voto apenas a uma determinada classe social, por exemplo, verificar-se-ia a violação à previsão de universalidade do voto, norma consagrada pelo Pacto de San José da Costa Rica. Neste caso, estaria o operador do Direito diante de eleição não-autêntica por ilegalidade (ou melhor, inconveniência), ou seja, por força da primeira dimensão, e não desta segunda.

50 LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 7. ed. São Paulo: Cia. Das Letras, 2012, p. 205.

51 LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan. *Competitive authoritarianism: Hybrid Regimes after the Cold War*. Oxford: Cambridge University Press, 2010, p. 3.

52 VARGAS, Alexis Galiás de Souza. *Princípios constitucionais de direito eleitoral*. 2009. 228 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

Ainda assim, pode-se imaginar situações em que restará instrumentalmente ilegítimo um pleito. Se acaso, embora observados os demais direitos fundamentais dos eleitores, o procedimento eleitoral conter norma que atribua à vitória aquele que não predominou na votação, ainda que estas regras não sejam descumpridas, inautêntico será este sufrágio. Nesse sentido, o eleitor moderno, em contraposição ao mero direito de sufragar, ainda que em um pleito formalmente autêntico, “almeja mais e dispõe de instrumentos para tanto”⁵³.

Tome-se como exemplo a determinação do artigo 47, § 2º, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891⁵⁴, segunda Carta Constitucional brasileira. De acordo com tal dispositivo, se nenhum dos candidatos ao Executivo federal houvesse alcançado maioria absoluta, o Congresso elegeria, por maioria dos votos, um, dentre os que tivessem alcançado as duas votações mais elevadas na eleição direta

Este é claro arquétipo de pleito ilegítimo na segunda dimensão. Ainda que com todas as regras, em tese, obedecidas, seria possível a não prevalência da escolha popular, deste modo tal eleição não seria apta a traduzir a vontade soberana do povo, portanto insuficiente aos fins do regime democrático.

Sucintamente, na dimensão instrumental do sufrágio, necessário se faz que a fidelidade da vontade popular prevalente seja claramente aferível, determinando esforços jurídicos para garantir a confiabilidade do resultado do pleito⁵⁵. Pode-se neste ponto consignar a utilização, no caso brasileiro, de urnas eletrônicas como instrumentos de votação, o que merece especial atenção.

De um lado, é certo que não há qualquer indício de nenhuma fraude derivada da opção pelo sistema eletrônico de votação (sendo na verdade a história eleitoral brasileira povoada de fraudes justamente durante o período *do voto em cédula física*). Ao mesmo tempo, “embora algumas das noções de ‘fraudes’ nos sistemas eletrônicos de votação beirem ao absurdo, assumir fielmente a genuinidade incontestável do modelo é uma postura tão arriscada quanto”⁵⁶. Até porque isso abriria portas a uma espécie mais sofisticada de fraude, ainda mais perigosa que a tradicional⁵⁷.

Hipoteticamente, caso houvesse a atribuição de vitória por parte dos órgãos responsáveis pela totalização dos votos eletrônicos, a um candidato distinto daquele pelo qual a maior parte dos votantes optou, estar-se-ia diante de uma violação da autenticidade nessa segunda dimensão. O modelo de voto eletrônico brasileiro, nesse sentido, merece constante avaliação, posto que genuinamente serve como um garantidor de celeridade, segurança e eficiência às votações, mas também pode ser melhor escrutinado sob o ponto de vista da transparência.

Não deve ser compreendido que somente será autêntica (de acordo com esta segunda dimensão do princípio) a eleição da maioria, menos ainda que é pressuposto uma “quase-unanimidade” na votação. Ocorre que o regramento jurídico da eleição estabelece o modo como se dará a aferição e a atribuição daquela opção vitoriosa. Basta notar que o critério majoritário não é puramente o denominador da vitória eleitoral: parte do legislativo, no sistema brasileiro, é eleito por critérios proporcionais (sendo que não necessariamente o

53 MESSA, Ana Flávia; SIQUEIRA NETO, José Francisco; BARBOSA, Susana Mesquita (Coords.). *Transparência eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 62.

54 BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 06 fev. 2019.

55 RAIS, Diogo (Org.). *Direito eleitoral digital*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 171.

56 TEREZI, Gabriel Vieira; BOTELHO, Marcos César. Restabelecimento do voto impresso: pretextos, vedação constitucional e critérios de autenticidade eleitoral. *Prim Facie*, [S. l.], v. 21, n. 46, 2022. DOI: 10.22478/ufpb.1678-2593.2022v21n46.57854. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/57854>. Acesso em: 27 dez. 2022, p. 271.

57 RODRIGUES FILHO, José *et al.*. E-voting in Brazil: the risks to democracy. In: KRIMMER, Robert. *Electronic Voting. GI Lecture Notes in Informatics*. Bonn, Germany: Bregenz, p.85-94, 2006, p.88. Disponível em: <http://oro.open.ac.uk/12543/>. Acesso em: 24 dez. 2022.

mais votado lograr a eleição), enquanto o modelo estadunidense possui a intermediação do colégio eleitoral, resultando na mesma possibilidade de que concorrentes *menos* votados obtenham sucesso eletivo.

A autenticidade, na segunda dimensão que o presente texto constrói como hipótese, não almeja reproduzir a percepção inadequada de que democracia necessariamente se identifica com maioria, como o fazem discursos populistas que denunciam qualquer limitação contramajoritária como uma violação da soberania e cultuam uma concepção imediata e espontânea da expressão popular⁶⁴. Os exemplos de votações proporcionais ou do caso de eleição indireta estadunidense demonstram que há um espaço para que diferentes modelos político-jurídicos optem por diferentes métodos de votação os quais podem, ainda que não-necessariamente corresponder à pura “maioria”, serem autênticos.

A extensão na qual haverá a ultrapassagem da regra da maioria por esses mecanismos, contudo, é que deve ser submetida à uma avaliação de legitimidade, caso a caso. Como já mencionado, determinadas opções podem violar *standards* internacionais de direitos humanos caso ultrapassem certos limites em termos de direitos políticos, o que tornaria um pleito não-autêntico na primeira dimensão. Igualmente, modelos eleitorais exageradamente injustos nessa concessão de vitória, trariam a consequência de não-autenticidade na segunda dimensão.

Em suma, trata-se de opção de cada ordenamento jurídico-eleitoral, cujos limites inserir-se-ão em regramentos oriundos de *jus cogens* internacionais, mas que admitem a legitimidade eleitoral desde que respeitada, essencialmente, a soberania popular. Analogicamente:

Compete ao legislador determinar – nos limites impostos pelo Estado de direito – a margem que quer deixar aos mais fortes e a igualdade de oportunidades que pretende assegurar aos mais fracos. O respeito pelos direitos fundamentais impõe limites nos dois casos⁶⁵.

Assim, caso se contradiga o procedimento pré-estabelecido ou se viole tal atribuição, estar-se-á diante de ilegitimidade formal do pleito. Por sua vez se este modo estabelecido conduzir a uma aferição inadequada da vontade popular, ou se a atribuição não recair sobre aquela opção que prevaleceu nas urnas, deparar-se-á com uma inautenticidade instrumental.

Finalmente, caso reste legítimo o pleito em sua dimensão formal e finalística, ainda deverá o mesmo ser analisado sob uma terceira dimensão, qual seja a de *autenticidade substancial*. Em tal etapa se encontra a menos objetiva possibilidade de aferição por parte do observador. Uma votação deverá ser tida como autêntica, nesta terceira e última dimensão, quando a *intenção* dos votantes conservar-se autêntica, sendo que assim se classifica a intenção eleitoral não artificialmente induzida.

58 POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. University of Chicago Law School. 2014, p. 4.

59 POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 90.

60 TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito: proposições legislativas e políticas públicas. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 205, p. 321-345, jan./mar. 2015, p. 323.

61 Cf. KAHNEMAN, Daniel; TVERSKI, Amos. Prospect theory: Na analysis of decisions under risk. *Econometrica*, v. 47, n. 2, p. 263-291, 1979.

62 KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 18.

63 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 462.

64 ROSANVALLON, Pierre. *Século do populismo*: história, teoria e crítica. Rio de Janeiro: Ateliê de humanidades, 2021, p. 75.

65 SOUSA, Antônio Francisco de. O princípio da igualdade no Estado de Direito. *POLIS: Revista dos Estudos Jurídico-Políticos*, v. 13 n. 16, p. 181-195, 2007.

Desde já, é necessário deixar clara a dificuldade de constatação de tal situação. Extrai-se o lastro legal do artigo 242 do Código Eleitoral, segundo o qual a propaganda, em qualquer de suas formas, para além de mencionar a legenda e veicular-se em língua nacional não deve “empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais.”⁶⁶

Muito embora refira-se o dispositivo a postura publicitária durante a campanha, entende o presente ser mais ampla a incidência de tal preceito. Note-se, a norma procura combater a *indução artificial* a um estado mental, emocional ou passional que facilite ou induza o voto.

A tormentosa questão seria a definição exata daquilo que torna uma determinada influência *artificial*, pois, em maior ou em menor medida, o processo eleitoral pressupõe o exercício de uma determinada carga de influência, sendo esta externada pela postura do candidato ou do partido objeto do voto.

Parece certo que a legislação eleitoral, em certa medida tem esta indução abusiva como presumida em determinadas situações. A vedação a propaganda mediante outdoors (artigo 39, § 8º da Lei das Eleições) e os limites de gastos e de financiamento, podem ser interpretadas como exemplos de instrumentos tendentes a efetivar este combate à influência desmedida.

O tema não escapa à literatura, sendo que José Jairo Gomes identifica uma distinção:

A rigor, os termos poder e influência não possuem o mesmo sentido. Influência apresenta significado mais amplo, sendo o poder uma das formas pela qual ela se manifesta. Ela designa uma relação entre pessoas (e não entre pessoa e coisa, como pode ocorrer com o poder – ex.: fala-se em poder do homem sobre a natureza ou sobre um animal), em que uma delas age de certa maneira por influxo ou inspiração da outra⁶⁷.

O que se tem é o estabelecimento de uma classificação quanto às condutas durante o processo eleitoral. É aceitável e esperado que seja buscada à influência ao eleitorado, sempre com a intenção de obter o voto. Por sua vez, há determinadas manifestações de influência nas quais, seja por sua intensidade seja por seu modo de exercer, configuram-se abusos, e, portanto, são tidas como ilícitas.

A doutrina e a jurisprudência de longa data já vem entendendo que este fenômeno é gênero do qual decorrem as espécies: a) abuso do poder econômico; b) abuso do poder político ou de autoridade; c) uso indevido de veículos ou meios de comunicação social e d) abuso do poder carismático ou ideológico⁶⁸. Ao tratar do tema, assevera-se: “para caracterizá-lo, fundamental é a presença de uma conduta em desconformidade com o Direito (que não se limita à lei), podendo ou não haver desnaturamento dos institutos jurídicos envolvidos”⁶⁹.

Também por isso, no sentir do presente trabalho, a ocorrência massiva de tais abusos afronta o direito eleitoral em sentido amplo, sendo assim hipótese de violação à dimensão de autenticidade substancial de uma eleição. Não se deve com o exposto presumir que a

66 BRASIL. Lei nº 4.737/65. Brasília, 15 de julho de 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm. Acesso em: 13 fev. 2019

67 GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 320.

68 KUFA, Amilton Augusto. O controle do poder religioso no processo eleitoral, como garantia do estado democrático de direito. *Revista Justiça Eleitoral em Debate*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p.21-24, jan./mar. 2016. Disponível em: https://www.tre-rj.jus.br/site/gecoi_arquivos/190620181908_arq_109114.pdf. Acesso em: 07 dez. 2019.

69 GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 321.

legitimidade do pleito decorre da celestial e puritana intenção de todos os votantes a um bem maior social. Já foi mencionado que a concepção contemporânea de democracia superou a idealização rousseauiana de “bem-comum”.

Por óbvio, em maior ou menor medida o eleitor intenta, ao votar, um benefício. Não por outra razão é que o sufrágio efetiva justamente a representação, ou seja, a concessão do mandato aquele que, em tese, fará valer os interesses de seu eleitorado. “Não que isso não seja desejável: ao contrário, o é, além de ser uma decorrência do ideal republicano. Isso não pode chegar a determinar, no entanto, a invalidade ou a ilegitimidade do voto baseado em preferências pessoais”⁷⁰.

Por outro lado, há uma tênue linha que separa a influência honesta que pode vir a ser exercida por todos os protagonistas do processo eleitoral, e a conduta abusiva que promove a indução artificial do votante a uma determinada opção. Ao ocorrer esta última, ter-se-á violado o princípio da autenticidade (nesta dimensão).

Note-se que os abusos de poder político e econômico possuem previsões de ilicitude na legislação, tanto o é que o artigo 237 do Código Eleitoral determina que a interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos. Em assim sendo, caso se verifique a violação patente de uma norma eleitoral, ainda que trate esta de abuso – como se verificaria, por exemplo, com o desrespeito ao limite de gastos – estaria o observador diante de deslegitimidade naquela primeira dimensão.

Já no presente estágio de autenticidade substancial, a artificiosidade parece mais sutil, posto que não legalmente conceituada. Ademais, nesta dimensão não apenas as condutas comissivamente abusivas poderiam vir a ensejar a inautenticidade, como também a indução massiva do eleitor a erro, e inclusive as condutas de terceiros que impliquem em benefício extraordinário ou deturpação abusiva de determinados candidatos.

Nessa linha, cite-se a decisão monocrática proferida pelo Ministro Joaquim Barbosa, no Agravo de Instrumento nº 7.209⁷¹, proveniente do Estado da Bahia, no qual cita o Ministro Sepúlveda Pertence como fonte segundo o qual a aplicação da perda do mandato eletivo, por parte da Justiça Eleitoral, ao candidato beneficiado por ilícitos eleitorais praticados por terceiros, sem sua anuência, não é *sanção* imposta ao candidato, mas o único modo de se *restabelecer* a legitimidade do pleito.

A propagação das *fake news*, a título de exemplo, embora exaustivamente comentada, é fenômeno extremamente prejudicial que ainda não encontra solução conclusiva na seara eleitoral, já que “as tecnologias passam cada vez mais a ser peça-chave nas eleições, e seu uso carece de regulamentação para a plena ocorrência de eleições livres e democráticas”⁷².

Em um ambiente de “desordem informacional”⁷³, as opções da população encontram-se seriamente ameaçadas, podendo estas serem fruto não da influência mais ou menos adequada de ideologias concorrentes, mas sim de abusivas induções artificiosas a uma posição de

70 SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral*. 2010. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010, p. 116.

71 Tribunal Superior Eleitoral. Decisão monocrática no Agravo de Instrumento nº 7.209/BA. T2. Min. Joaquim Benedito Barbosa Gomes. j. 11 set. 2008, DJ. 17 set. 2008.

72 BRITO, Auriney; LONGHI, João Victor Rozatti. *Propaganda eleitoral na internet: De acordo com a lei n. 12.965/2014 - marco civil da internet*. São Paulo: Saraiva, 2014.

73 TSE - *AJJE 06015223820226000000* BRASÍLIA - DF 060152238, Relator: Min. Benedito Gonçalves, Data de Julgamento: 23/10/2022, Data de Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 214.

formação de vontade não-autêntica. Se o mencionado princípio da soberania popular implica no respeito às preferências dos eleitores, o princípio da autenticidade, nesta última dimensão, visa garantir que haverá uma proteção ao modo como são construídas tais preferências.

Diante dessa tripartição, possibilita-se a visualização mais clara dos bens políticos em concreto a serem resguardados pelo feixe em comento, de modo a “garantir ao máximo a justeza das decisões e evitar as repetições”⁷⁴.

Em um primeiro momento, a normalidade procedimental, com vistas a efetivar a igualdade entre os candidatos, a previsibilidade jurídica, dentre outros fundamentos do pleito. Já na segunda dimensão, a intenção é de salvaguardar o próprio fundamento da existência do sufrágio, ao relacionar o seu resultado com a equação entre a vontade do povo e a atividade governamental⁷⁵. Por fim, a terceira dimensão pretende salvaguardar a genuinidade da intenção transmitida por aquela vontade.

4 DA APLICAÇÃO TRIPARTIDA DA AUTENTICIDADE E DA HARMONIZAÇÃO COM O AMBIENTE PRINCÍPIOLÓGICO-ELEITORAL

De mais a mais, deve-se, diante daqueles mencionados objetivos os quais almejam salvaguarda em cada dimensão, discutir a possibilidade de sua operação judicial. O fundamento da noção tripartida ora proposta é não só o de possibilitar uma intervenção mais efetiva, mas sim a de garantir que essa intervenção seja adequada. Desse modo, o presente tópico almeja promover a tentativa de falseamento da hipótese, verificando a aplicabilidade do princípio da autenticidade em sua concepção tripartida, e sua compatibilidade ou não com os demais preceitos destacados no primeiro tópico.

O primeiro capítulo deste trabalho almejou demonstrar a problemática que envolve a definição de um conceito de autenticidade como princípio genuinamente eleitoral. Tomando como pressuposto sua existência, a primeira tarefa na tentativa de falsear a hipótese é a de verificar se o conteúdo da proposta de autenticidade tripartida engloba as definições clássicas do princípio.

Nesse sentido, a concepção tripartida homenageia as distintas conceituações do preceito trazidas pela literatura. Se, como anteriormente mencionado, esses conceitos não pareciam acertadamente corresponder ao conteúdo valorativo da legitimidade, pode-se argumentar tratar-se de um conceito-mosaico, que se constituiu justamente por múltiplas dimensões.

A proposta de que o princípio, em sua primeira ótica, corresponde ao respeito às normas, liga-se as visões doutrinárias de que a autenticidade derivaria de uma conclusiva lisura eleitoral – uma qualidade extraída de sufrágios que se desenrolaram de acordo com o procedimento previsto é esperado.

Já por sua vez a segunda dimensão, instrumental, relaciona-se com os conceitos encontrados na literatura segundo os quais a autenticidade derivaria do reconhecimento por parte da população. Finalmente, a terceira dimensão, ou seja, a autenticidade substancial, corresponde aos conceitos que envolvem a “pureza” da influência ao eleitorado.

Como se mencionou, os referidos conceitos, tomados isoladamente, não parecem encerrar o conteúdo axiológico de “legitimidade” ou autenticidade eleitoral. Inclusive porque, isoladamente, suas dimensões podem confundir-se com outros *standards* decisórios ou

74 VARGAS, Alexis Galíás de Souza. *Princípios constitucionais de direito eleitoral*. 2009. 228 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 186.

75 MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Direito eleitoral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

preceitos fundamentais – soberania popular, segurança jurídica, legalidade, etc.

Nesse sentido, a proposta subsiste a tentativa de falseamento, na medida em que, embora não possa se afirmar a concepção tripartida da autenticidade, ora proposta, realmente soluciona o impasse conceitual, ao menos fornece subsídios e balizas mais adequadas ao conteúdo de autenticidade eleitoral, enquanto também se insere na função principiológica

Já por outro lado, a proposta tripartida do princípio também melhor se integra aos demais preceitos eleitorais, não se confundindo com estes, mas harmonizando-se. A autenticidade, na primeira dimensão, implica o respeito às normas (regras e princípios) aos quais as eleições se submetem, inclusive de modo a otimização a avaliação de valores tais como igualdade, sigilo e universalidade. Em sua segunda dimensão, o princípio se associa à soberania popular e ao pluralismo, enquanto, na terceira das suas concepções ora propostas, a autenticidade se atrela à moralidade.

Desse modo, a hipótese subsiste a tentativa de falseamento na medida em que a concepção tripartida melhor se adequa aos conceitos de autenticidade e aos próprios demais princípios da seara eleitoral. Finalmente, a abordagem tríplex permite uma orientação mais prudente em relação à aplicação do princípio e da interpretação das eventuais situações de nulificação.

Basta notar que, caso se adotasse um significado unívoco, como alguns dos conceitos presentes na literatura, algumas conclusões seriam pelo reconhecimento amplo de ilegitimidade em diversos pleitos, bastando que supostamente o preceito fosse de alguma maneira desrespeitado. Assim, a concepção tripartida se presta também a adequar as intervenções jurisdicionais, classificando-as em etapas com mais ou menos facilidade de identificação de violação da legitimidade, e conseqüentemente etapas mais ou menos propensas a terem nulidade declarada.

É de se destacar que em cenário tão volátil quanto o de um pleito eleitoral, qualquer determinação judicial tem o potencial de repercutir na genuinidade das manifestações dos votantes, ainda mais no atual contexto em que os órgãos judiciais passam a protagonizar as decisões em torno das questões mais fundamentais de uma sociedade política⁷⁶. Deve-se, desse modo, cuidar da noção de interferência ao ramo, a fim de que se evite o cometimento de desvirtuação das intenções eleitorais justamente na sanha de salvaguardá-las. Em melhor dizer, quer-se alcançar um raciocínio que evite o “desbordamento das funções do poder” em relação ao controle das eleições⁷⁷. Afinal, novamente, a razão de ser dos princípios é justamente a de otimizar e orientar a aplicação da respectiva normativa.

Assim, deve ser notado que a divisão tripartida do preceito implica na característica de haver uma *decrecente* oportunidade de intervenção por parte da Justiça Eleitoral. Na primeira dimensão, a intervenção jurídica pode, em tese, ser admitida mais frequentemente. Se, como abordado, nesta verifica-se o respeito às normas aplicáveis, qualquer desvirtuação destas ensejará a respectiva atuação jurisdicional, por provocação ou de ofício a depender da própria previsão, respeitada a legalidade do procedimento e aplicados os demais pressupostos gerais e específicos de validade.

Defende o presente trabalho que, inobstante a incidência de uma determinação de aproveitamento do voto como consequência do princípio da soberania popular, o preceito da autenticidade do pleito deverá sempre prevalecer em relação àquele, quando for constatada

76 LIMA, Jairo Néia; BEÇAK, Rubens. Judicialização da “mega política”: um estudo de caso a partir do alcance normativo da consulta eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral. *Revista Brasileira de Teoria e Constituição*. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 1130-1146, jul./dez., 2016. Acesso em: 18 nov. 2019.
77 ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. *Direito eleitoral regulador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 175.

em concreto a ilegitimidade em sua primeira dimensão, ou seja, a formal. Em verdade, não se trata, no cenário descrito, caso de colisão entre princípios, posto que o aproveitamento de uma votação pressupõe, obviamente, a sua pretérita legalidade formal. Não há como se buscar a manutenção do *opinum* do eleitor se este não se revestir da necessária autenticidade.

Equivale a dizer que, ao ser verificada violação concreta à norma eleitoral, e desde que válida a atuação jurisdicional dessa decorrente, deverá ser aplicada a legislação inclusive no que diz respeito à eventual declaração de nulidade de um ato, ou até mesmo anulação do pleito – quando prevista essa drástica medida – independentemente de tal prestação afetar ou não o resultado que prevaleceu nas urnas.

Isto se dá em razão de não ser possível que um ato eivado de vícios, ainda que sobre este seja aposto um relevante apoio popular, permaneça efetivo em nosso ordenamento. Ademais, não foi conferido ao povo, por meio do voto, convalidar nulidades essenciais relativas à aplicação do direito eleitoral e da intenção de representação.

O aproveitamento do voto é comando que impõe a necessidade de que, em havendo dúvida, resguarde-se em tese a decisão popular. Todavia, uma vez extinta essa dúvida com a constatação concreta de violação, cabe à aplicação inequívoca da consequente retificação ou anulação do ato viciado. Até porque a decisão popular advinda de desrespeito à legitimidade seria também ilegítima.

Por sua vez, na segunda e terceira dimensões de honestidade da eleição, a atuação jurisdicional deverá ser progressivamente mais e mais excepcional, sob pena de que, com a intenção de resguardar-se a legitimidade do pleito, acabe-se por violá-la. A noção de autenticidade instrumental, como já abordado, traduz-se de difícil percepção, quando consideradas as imposições decorrentes dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Não obstante, eventualmente em se concebendo norma que desnude a concepção instrumental do processo eleitoral como ferramenta de aferição de vontade popular, desvanecendo o exercício da soberania popular, será esta passível de interferência jurisdicional, inclusive controle de constitucionalidade e/ou convencionalidade, por violação ao Princípio da Autenticidade.

O caso brasileiro é particularmente delicado na medida em que foi reservada à Justiça Eleitoral, além da função jurisdicional, a *governança eleitoral*, ou seja, a operacionalização administrativa e técnica da votação, e ainda a totalização e divulgação dos votos, bem como o reconhecimento dos resultados. Essa cumulação implica no fato de que uma hipotética desvirtuação da autenticidade em sua segunda dimensão – com a atribuição da qualidade de vencedor a sujeito não realmente apontado pela população – se inseriria em uma crítica situação na qual teriam de se acionar os mecanismos de freios e contrapesos entre poderes.

Ainda assim, resta certo que por força da interpretação da autenticidade na dimensão que ora se propõe, cabe às autoridades competentes a responsabilização dos envolvidos em uma hipotética fraude e a respectiva recontagem dos votos com a consagração genuína da opção sufragada. Ademais, o princípio deve incidir na avaliação de constitucionalidade de eventuais medidas legislativas ou administrativas que tenham o potencial de desvirtuar a opção eleitoral. Cite-se como exemplo a prática estadunidense de *gerrymander*, ou seja, de recortar distritos eleitorais em formatos pouco usuais como forma de diluir as majorias de tais colégios⁷⁸, influenciando o resultado da votação.

78 ISSACHAROFF, Samuel. Gerrymandering and Political Cartels. *Harvard Law Review*, v. 116, n. 2 (Dez., 2002), p. 593-648, 2002. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1342611>. Acesso em: 26 dez. 2022.

Finalmente, naquela terceira dimensão, deve também pautar-se a intervenção judicial ao pleito pela mais devida cautela. Com efeito, não há ampla autorização para que sejam invalidadas preferências eleitorais com base em (supostas) interferências à opinião do votante. O princípio da autenticidade, nessa última concepção, se preste a orientar a produção legislativa e a interpretação das demais regras eleitorais.

No primeiro caso, a fim de que se regulamentem normativas aptas a lidar com os novos fenômenos que ameaçam a livre formação de vontade, como *fake news*, pós-verdade, e formação de milícias digitais. No segundo caso, a fim de orientar (e balizar) a atuação jurisdicional quando da aplicação do regramento eleitoral, mediante uma hermenêutica finalística na qual o propósito do ordenamento seja o de garantir (e não interferir) na genuinidade das preferências políticas.

Em verdade, se conforme dito, por um lado ao verificar-se efetivamente a violação à legitimidade por força daquela primeira dimensão formal, deverá prevalecer a interferência jurisdicional para aplicação legal; por outro, tal não pode ser afirmado da ilegitimidade instrumental e substancial.

Isto se dá porque nestas segunda e, especialmente, terceira hipóteses, a constatação é muito menos objetiva. Assim, embora verificada alguma violação à autenticidade do pleito, deverá o operador do direito sopesar, *in concreto*, a certeza, extensão e gravidade desta ofensa, pois em sendo incerta a ausência de instrumentalidade do sufrágio ou irrelevante o abuso de influência a parcela dos votantes, deverá prevalecer o aproveitamento dos votos tidos como legítimos.

Somente se procederá à declaração de inautenticidade, nestes últimos casos, quando for notória e cristalina sua presença, posto que em tese restarão válidos os votos do ponto de vista formal, e portanto a deslegitimidade decorreria apenas da carência na finalidade e/ou do vício na intenção dos votantes.

Obviamente, ainda que constatada a ausência de autenticidade, não equivale a dizer que todo o pleito será imediatamente anulado. Em contrário, caberá justamente a aplicação do regramento cabível, seja a sanção dos responsáveis pelo desvirtuamento do princípio, a imposição de multas, o indeferimento de determinada candidatura, ou mesmo, em situações extremas, o desfazimento do sufrágio.

5 CONCLUSÕES

À guisa de conclusão, verifica-se pelo exposto a necessidade de uma valoração dos princípios eleitorais com a necessária prudência, a fim de que não se banalizem tais valores por meio da armadilha de um raso panprincipiologismo.

Quanto aos debatidos preceitos, inegável também a necessidade de estudo mais aprofundado daquele da autenticidade, dada inclusive sua previsão em diversas esferas e hierarquias jurídicas. Conforme se verificou, os conceitos presentes na literatura parecem a um só tempo insuficientes, bem como contraditórios e incompatíveis com os demais preceitos. Assim, caso se assuma que há um preceito *autônomo*, genuinamente eleitoral, as definições corriqueiras de autenticidade não são capazes de esgotá-lo.

Dessa forma, a hipótese do presente trabalho defende sua ampliação, posto que somente a ideia de adequação formal as normas não resta suficiente como solução para as questões atualmente enfrentadas pelo ramo. Assim, verifica-se a concepção da Autenticidade como qualidade complexa, que propõe-se tripartida, devendo ser atribuída aquele sufrágio que concomitantemente se adegue ao ordenamento jurídico-eleitoral, possa ser utilizado

como instrumento de aferição da vontade soberana e popular prevalente, e ainda cuja votação não tenha sido substancialmente atingida por influência indevida.

A hipótese mencionada subsistiu a tentativa de falseamento, na medida em que sua concepção plúrima alcança em maior medida o conteúdo jurídico-político de legitimidade eleitoral, e ainda se adequa aos demais princípios do ramo, sem ingressar em contradição com estes ou ser englobado por eles.

Não bastasse, as análises a respeito da hipótese revelam que a interpretação do princípio deve ser pautada pela intervenção decrescente do Judiciário, sendo portanto necessário inclusive mitigar o ideal de aproveitamento dos votos quando da constatação de irregularidades. Todavia, também indispensável a aferição neutra e excepcional, em especial quando decorrente suposta carência de autenticidade de suas dimensões instrumental e substancial, como forma de máxima salvaguarda e efetivação da democracia eleitoral.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de direito eleitoral*. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. *Direito eleitoral regulador*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 06 fev. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 05 fev. 2019.

BRASIL. *Lei nº 4.737/65*. Brasília, 15 de julho de 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm. Acesso em 13 fev. 2019.

BRASIL. *Lei nº 9.504/97*. Brasília, 30 de setembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm. Acesso em 13 fev. 2019.

BRITO, Auriney; LONGHI, João Victor Rozatti. *Propaganda eleitoral na internet: De acordo com a lei n. 12.965/2014 - marco civil da internet*. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Marcos Vinícius Furtado. *Direito eleitoral e processo eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

COELHO, Margarete de Castro. *A democracia na encruzilhada: reflexões acerca da legitimidade democrática da justiça eleitoral brasileira para a cassação de mandatos eletivos*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

CONDE, Enrique Alvarez. Los principios del derecho electoral. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n. 9, p. 9-37, maio/ago. 1991.

FUX, Luiz. Princípios de Direito Eleitoral. In: NORONHA, João Otávio; KIN, Richard Pae (Coord.). *Sistema Político e Direito Eleitoral Brasileiros: Estudos em Homenagem ao Ministro Dias Toffoli*. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Direito eleitoral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, Madrid: Editorial Trotta, 2005.

ISSACHAROFF, Samuel. Gerrymandering and Political Cartels. *Harvard Law Review*, v. 116, n. 2 (Dez., 2002), p. 593-648, 2002. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1342611>. Acesso em: 26 dez. 2022.

KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins fontes, 2003, p. 39-46.

KUFA, Amilton Augusto. O controle do poder religioso no processo eleitoral, como garantia do estado democrático de direito. *Revista Justiça Eleitoral em Debate*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 21-24, jan-mar. 2016. Disponível em: https://www.tre-rj.jus.br/site/gecoi_arquivos/190620181908_arq_109114.pdf. Acesso em: 07 dez. 2019.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 7. ed. São Paulo: Cia. Das Letras, 2012.

LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan. *Competitive authoritarianism: Hybrid Regimes after the Cold War*. Oxford: Cambridge University Press, 2010.

LIMA, Jairo Néia; BEÇAK, Rubens. Judicialização da “mega política”: um estudo de caso a partir do alcance normativo da consulta eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral. *Revista Brasileira de Teoria e Constituição*. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 1130 – 1146. Jul/Dez. 2016. Acesso em: 18 nov. 2019.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Direito eleitoral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MANIN, Bernard. *The principles of representative government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

MESSA, Ana Flávia; SIQUEIRA NETO, José Francisco; BARBOSA, Susana Mesquita (Coords.). *Transparência eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIGUEL, Luis Felipe. *Democracia e representação: territórios em disputa*. 1ª ed. São Paulo: Editora UNESP, 2014.

MOULIN, Léo. Les origines religieuses des techniques electorales modernes et deliberatives modernes. *Revue Internationale d'Histoire Politique et Constitutionnelle*, Paris, p. 143-8, abr./jun. 1953. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/polix_0295-2319_1998_num_11_43_1746. Acesso em: 09 dez. 2019.

MUÑOZ, Oscár Sanchez. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ONU. *Pacto internacional sobre direitos civis e políticos*. Nova Iorque, 19 de dezembro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 03 jun. 2019.

PEREIRA, Erick Wilson. *Direito eleitoral: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAIS, Diogo (Org.). *Direito eleitoral digital*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

RODRIGUES FILHO, José, et al. E-voting in Brazil: the risks to democracy. In: KRIMMER, Robert. *Electronic Voting. GI Lecture Notes in Informatics*. Bonn, Germany: Bregenz, p.85-94, 2006. Disponível em: <http://oro.open.ac.uk/12543/>. Acesso em: 24 dez. 2022.

ROSANVALLON, Pierre. *Século do populismo: história, teoria e crítica*. Rio de Janeiro: Ateliê de humanidades, 2021.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios de direito político*. Tradução de Antônio P. Machado; estudo crítico de Afonso Bertagnoli. 19. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999. (Coleção Clássicos de Bolso).

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral*. 2010. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1984.

SOUSA, António Francisco de. O princípio da igualdade no Estado de Direito. *POLIS: Revista dos Estudos Jurídico-Políticos*, v. 13 n. 16, p. 181-195, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí (SC), v. 15, n. 1, p. 158–173, 2010. DOI: 10.14210/nej.v15n1.p158-173. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 24 dez. 2022.

TENÓRIO, Rodrigo. *Direito Eleitoral*, São Paulo, Método: 2014.

TRENZI, Gabriel Vieira; BOTELHO, Marcos César. Restabelecimento do voto impresso: pretextos, vedação constitucional e critérios de autenticidade eleitoral. *Prima Facie*, [S. l.], v.21, n.46, 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/57854>. Acesso em: 27 dez. 2022.

THORNHILL, Chris. *Crise democrática e direito constitucional global*. São Paulo: contracorrente, 2021.

TSE. *AJE 06015223820226000000*, BRASÍLIA - DF 060152238, Relator: Min. Benedito Gonçalves, Data de Julgamento: 23 out. 2022, Data de Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 214.

VARGAS, Alexis Galiás de Souza. *Princípios constitucionais de direito eleitoral*. 2009. 228 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

VASCONCELOS, Clever; SILVA, Marco Antonio da. *Direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Torino: Trotta, 1992.

ZILIO, Rodrigo Tenório. *Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

Recebido em: 20.01.2020

Aprovado em: 28.12.2022

Como citar este artigo (ABNT):

TRENZI, Gabriel Vieira; FREITAS, Renato Alexandre da Silva; BERNARDI Renato. Avaliação Tripartida: uma proposta de conceituação do princípio da autenticidade eleitoral. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.47, p.XXX-XXX, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2023/03/DIR47-04.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

A (IN)DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A PRIMAZIA DA AUTOCOMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THE (UN)AVAILABILITY OF PERSONALITY RIGHTS AND THE PRIMACY OF SELF-COMPOSITION OF CONFLICTS IN THE CODE OF CIVIL PROCEDURE

Daniely Cristina da Silva Gregório¹
Rodrigo Valente Giublin Teixeira²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar as principais características dos direitos da personalidade e a possibilidade de sua limitação frente à primazia da autocomposição dos conflitos adotada pelo atual Código de Processo Civil. Cuida-se de um tema atual e que merece ser estudado, pois os meios autocompositivos vêm a cada dia ocupando mais espaço dentro dos Tribunais, em especial diante da obrigatoriedade da realização de audiência de conciliação ou de mediação no início do procedimento das novas ações judiciais. Para se chegar ao resultado pretendido será utilizado o método dedutivo, partindo-se de uma breve pesquisa histórica quanto ao reconhecimento dos direitos da personalidade no direito brasileiro, além da análise da legislação atual e de diversas obras e artigos científicos. Aborda-se, ainda, as espécies e a aplicabilidade dos meios consensuais de solução de conflitos admitidos pelo sistema processual civil interno.

Palavras-chave: autocomposição; direitos da personalidade; métodos consensuais de solução de conflitos; processo civil.

ABSTRACT: This article aims to analyze the main characteristics of personality rights and the possibility of its limitation in light of the primacy of the self-composition of conflicts adopted by the current Code of Civil Procedure. This is a current theme that deserves to be studied, since self-compositional means are increasingly occupying more space in the Courts, especially in view of the obligation to hold a conciliation or mediation hearing at the beginning of the new lawsuit procedure. The deductive method will be used to reach the desired result, starting from a brief historical research about the recognition of personality rights in Brazilian law, in addition to the analysis of the current legislation and of several scientific works and articles. It also discusses the types and applicability of consensual means of conflict resolution admitted by the internal civil procedural system.

Keywords: self-composition; personality rights; civil procedure; conflict resolution.

¹ Mestre em Ciências Jurídicas pela UniCesumar. Bolsista pelo Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Superior (PROSUP/CAPES). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito e Processo Empresarial Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR).

² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). MBA em *Business Law* pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Mestre em Direito pela Universidade Estadual do Paraná (UEL). Bolsista Produtividade em Pesquisa do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI). Professor Titular do Doutorado, Mestrado e da Graduação na UniCesumar. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

O Estado pode ser considerado o principal responsável pela garantia dos direitos mais importantes para a vida e o desenvolvimento do ser humano, sendo que, por essa razão, tem o dever de legitimar e regulamentar não apenas o direito objetivo, como também os instrumentos a serem utilizados na busca de sua efetividade.

É nesse sentido que os direitos da personalidade e os métodos autocompositivos de solução de conflitos são dotados de grande importância no ordenamento jurídico brasileiro, pois, depois de muitos anos sem garantir a mínima proteção aos aspectos privados da vida da pessoa humana e de depositar no Judiciário todo poder de decisão dos casos que lhes eram apresentados, finalmente algumas mudanças foram realizadas pelo legislador.

No entanto, mostra-se necessário analisar o contexto em que tais direitos foram previstos, a amplitude de sua interpretação e, sobretudo, as características que lhe foram conferidas, tendo em vista que, a depender do resultado dessa análise, entende-se que os direitos da personalidade não poderiam ser objeto dos meios autocompositivos de solução de conflitos, fato esse que os colocariam na contramão da sistemática processual adotada pelo atual Código de Processo Civil.

Faz-se indispensável, assim, buscar as respostas para os seguintes questionamentos: a liberdade e a autonomia da vontade do indivíduo serão obrigatoriamente limitadas quando o direito em discussão for inerente a sua própria qualidade de ser humano? Além disso, os procedimentos consensuais de solução de controvérsias, como a conciliação e a mediação, poderão ser aplicados quando o conflito envolver direitos indisponíveis?

Através do método dedutivo, pretende-se analisar as circunstâncias que envolvem o reconhecimento dos direitos da personalidade no contexto histórico nacional, examinando as suas particularidades para, logo após, elencar e compreender os meios autocompositivos de solução de conflitos e a sua aplicabilidade dentro do sistema processual civil brasileiro.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade, tal como são conhecidos e protegidos atualmente, remontam a um período recente na história da humanidade, uma vez que, com a mudança social e política decorrente da Revolução Industrial, apenas na segunda metade do século XIX e início do século XX é que a sua tutela ocorreu de forma mais significativa.

No Brasil, o Código Civil de 1916 não disciplinava a proteção desses direitos, tendo em vista que assim como os demais códigos civis da época, principalmente aqueles influenciados pelo Código Napoleônico e pela doutrina alemã, priorizava a defesa dos direitos patrimoniais em detrimento dos direitos da pessoa³.

É por essa razão que a proteção da personalidade no direito brasileiro se deu primeiramente em legislações esparsas, prevista especialmente na esfera do direito penal e, posteriormente, na Constituição Federal de 1988 que, seguindo a corrente internacional de defesa do ser humano, passou a ocupar o ponto central de salvaguarda destas garantias no ordenamento jurídico interno.

Cumprir destacar que a Constituição Federal, ao especificar determinadas garantias em seu texto, não previu uma cláusula geral expressa de tutela aos direitos da personalidade,

3 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos gerais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.42.

contudo, conforme leciona Szaniawski, é inegável que o referido diploma absorveu a ideia geral de proteção, vez que adotou como princípios fundamentais do Estado a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos fundamentais do homem⁴.

Percebe-se, assim, que esses princípios constitucionais formam o alicerce da proteção à personalidade humana no direito brasileiro, assegurando-a como uma cláusula geral que vincula o poder público e os particulares, “uma vez ser a pessoa natural o primeiro e último destinatário da ordem jurídica.”⁵

Esse reconhecimento e evolução permitiram que os direitos da personalidade finalmente passassem a receber a devida importância e atenção no cenário nacional, pois, de maneira inovadora, o legislador dedicou um capítulo exclusivo a tais garantias no Código Civil de 2002, disciplinando pontos e características essenciais que visam possibilitar seu pleno desenvolvimento.

Desta forma, diferente do Código Civil anterior e em consonância com as disposições trazidas pela Constituição, com o entendimento dos tribunais e da doutrina, o Código Civil de 2002 estabeleceu em sua redação não só uma tutela geral de proteção à personalidade⁶, como também alguns direitos em espécie, como o direito ao nome, à imagem e à privacidade, evidenciando-os daqueles que não foram individualmente previstos.

Parte da doutrina não concordou com essa opção legislativa, vez que em determinado dispositivo há a previsão de uma cláusula geral e em outros a tipificação de direitos específicos, o que desqualificaria e excluiria as garantias que não fizessem parte do rol apresentado pelo Código.

Para Bittar, apesar da restrita disposição dessas garantias – previstas em apenas onze artigos –, nota-se que o legislador abordou as principais categorias dos direitos da personalidade⁷. Ademais, não há que se falar em omissão ou excessiva síntese, dado que o referido diploma legal “recolhe princípios e traços fundamentais para a orientação do intérprete do ordenamento civil brasileiro”⁸.

Sendo assim, a interpretação e aplicação desses direitos não devem ser restringidas à redação literal do Código Civil, da Constituição Federal ou de qualquer legislação ordinária, mas sim à busca da efetiva proteção da personalidade do indivíduo.

Isso porque os direitos da personalidade consistem naqueles direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam o seu objeto de proteção, pois, se eles não existissem, pode-se dizer que a pessoa não existiria como tal.⁹ Tratam-se de garantias intrínsecas ao ser humano, fundamentais para sua própria existência.

A personalidade é o atributo responsável por conferir a qualidade de pessoa ao indivíduo¹⁰ e, justamente por esse motivo, é considerada essencial para formação e desenvolvimento do ser humano.

Nesse sentido, em sendo impossível prever e positivar todos os direitos decorrentes da personalidade, a fim de evitar o desamparo do indivíduo, as cláusulas gerais contidas no

4 SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.136.

5 SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.137.

6 Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

7 BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.109.

8 BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p.106.

9 CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. São Paulo: Quórum, 2008, p.24.

10 NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. *Instituições de direito civil: direitos da personalidade (Direito de Humanidade)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.19.

ordenamento jurídico brasileiro devem ser interpretadas à luz da dignidade humana¹¹, mas não só isso, devem levar em consideração a evolução da sociedade e os anseios que ela apresenta.

Constata-se, portanto, que a pessoa passou a ser reconhecida como o objeto de maior proteção das atividades e do sistema normativo do Estado. Por essa razão, diante de tamanha importância, os direitos da personalidade foram dotados de características imprescindíveis para sua mais adequada e necessária aplicabilidade.

2.1 Principais características dos direitos da personalidade à luz do Código Civil

O Código Civil estabelece características essenciais à garantia e à proteção dos direitos da personalidade, sendo que, com exceção dos casos previstos em lei, além de considerá-los intransmissíveis e irrenunciáveis, impossibilita a limitação voluntária de seu exercício.

Assim, embora o legislador tenha optado em reconhecer tais características no próprio texto legal, o entendimento majoritário da doutrina é de que o rol apresentado não é exaustivo, uma vez que os direitos da personalidade possuem inúmeras especificidades relacionadas ao seu objeto de proteção, o que torna impossível a legitimação de todos os seus atributos.

Deste modo, por mais imperfeita que seja a redação do artigo 11 do Código Civil¹², mostra-se desnecessária – e perigosa – a sua alteração a fim de ampliar o rol de características dos direitos da personalidade, tendo em vista que referida mudança pode impedir ou gerar retrocessos ao desenvolvimento dessas garantias, “já que essas características devem ser reconhecidas com temperamentos e não vistas como dogmas”¹³.

Nota-se, então, que da mesma forma que algumas espécies de direitos foram trazidas pelo referido Código, suas principais características também foram previstas, impedindo que fossem reivindicadas e aplicadas de maneira discricionária.

A intransmissibilidade, a irrenunciabilidade e a impossibilidade de limitar voluntariamente o exercício dos direitos da personalidade são características intimamente relacionadas à sua natureza indisponível, no entanto, conforme se verá, não se pode interpretá-las de maneira estrita e literal, já que essa absoluta restrição inviabilizaria a sua própria tutela¹⁴.

Para Pontes de Miranda, a intransmissibilidade dos direitos da personalidade resulta da infungibilidade da pessoa humana, assim, supondo-se que a transmissão exigiria que uma pessoa se colocasse no lugar de outra, sub-rogando seus direitos, o direito não mais seria de personalidade¹⁴.

Entende-se que esse impedimento de transmissão está associado ao fato de que os direitos da personalidade são inerentes ao indivíduo, sendo ele, e apenas ele, o titular dos bens jurídicos protegidos por essa categoria que, ao contrário dos direitos de crédito e de propriedade, são exclusivos do seu titular¹⁵, não podendo ser alienados e/ou transmitidos a qualquer título.

Contudo, há de se mencionar que o Código Civil prevê a possibilidade de proteção dos direitos da personalidade para além da vida do sujeito, vez que o cônjuge sobrevivente, qualquer parente em linha reta ou colateral até o quarto grau tem legitimidade para pleitear a

11 SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.179.

12 Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

13 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos gerais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.165.

14 MIRANDA, Pontes de. *Direito de personalidade. Direito de família: direito matrimonial (Existência e validade do casamento)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.60.

15 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.24.

reparação desses direitos em caso de violação após a morte de seu titular, o que para alguns autores seria a autorização de sua transmissão.

Em que pese tal posicionamento, essa transmissibilidade está relacionada à expressão econômica dos direitos da personalidade¹⁶, assim como o direito autoral e o direito à imagem, os quais podem ser desfrutados pelos indivíduos sem que, necessariamente, sejam transmitidos.

Desta forma, para a própria garantia dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, é imprescindível que em determinadas situações sua transmissão seja admitida. Além disso, a possibilidade de se transmitir os efeitos patrimoniais desses direitos não faz com que suas características sejam absolutamente afastadas, pois o que não é possível é alienar ou transmitir o direito em si, ainda que de forma gratuita, pois os direitos decorrentes da personalidade são inerentes e inseparáveis da pessoa humana¹⁷.

É nesse sentido que, ao analisar a característica da irrenunciabilidade, constata-se que seu principal fundamento também reside na proteção da dignidade da pessoa humana, sendo essa o núcleo essencial do objeto de tutela dos direitos da personalidade.

A palavra renúncia, em sua definição literal, está relacionada à ação do sujeito de se dispor, abdicar ou negar algo ou alguma coisa. No direito, refere-se ao abandono de uma garantia pelo seu titular sem que a transfira para outra pessoa, portanto, em se tratando de um direito irrenunciável, o indivíduo não tem a faculdade de abandoná-lo por mera liberalidade ou vontade.

Quando se fala na relatividade de tal característica, leva-se então em consideração o núcleo substancial desses direitos. Sendo a dignidade humana irrenunciável, essencialmente os direitos da personalidade também o são.

Vale ressaltar, no entanto, que a doutrina não é unânime no que diz respeito à efetiva impossibilidade de se renunciar esses direitos. Conforme defende Zanini, o que poderia ser renunciado pelo indivíduo é o exercício dos direitos da personalidade, tendo em vista que essa limitação voluntária pode ser aceita sob certas condições sem se traduzir na renúncia da própria condição humana¹⁸.

Em corrente diversa, Cantali assevera que certa relativização é fundamental para que se possa compreender essas características nos casos concretos, fato este que não as desnatura por completo¹⁹. Para a autora, há diversas situações em que é possível verificar atos restritivos aos direitos aqui estudados, evidenciando a existência de uma esfera de disponibilidade que permite renunciar ou limitar os direitos da personalidade²⁰.

Partindo-se desse entendimento, a limitação voluntária do exercício dos direitos da personalidade, terceira e última característica trazida pelo Código Civil, não estaria restrita apenas aos casos previstos em lei, vez que, a depender da circunstância fática, poderia ser relativizada.

16 CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade*: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.141.

17 CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade*: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.142.

18 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*: aspectos gerais. São Paulo: Saraiva, 2011, p.231.

19 CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade*: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.144.

20 “[...] a cirurgia de transgenitalização importa sim na renúncia ao direito sobre as partes do corpo, não sendo possível visualizar esta renúncia apenas quanto ao exercício do direito. É, inequivocamente, mais abrangente”. CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade*: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.144.

Tal disposição pode ser considerada como um excessivo paternalismo estatal²¹, pois, ainda que a intenção do legislador fosse proteger a pessoa humana contra toda e qualquer violação, acabou por limitar sua própria liberdade, impedindo-a de exercer sua vontade e autonomia na busca pela realização de sua dignidade, ponto crucial para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Observa-se, ainda, que vincular o exercício de um direito à atividade legislativa – lenta e burocrática – impede o progresso e a evolução natural da sociedade, já que restringe o sujeito às normas pré-elaboradas e aprovadas pelo Estado sob pena de suas condutas serem consideradas ilícitas.

De acordo com Schreiber, a previsão do artigo 11 do Código Civil não deve ser interpretada de maneira literal, tanto é que, em diversas situações, a comunidade jurídica tem admitido a limitação voluntária desses direitos. Assim, seria preferível que o legislador tivesse especificado parâmetros que guiassem o controle de legitimidade dessa limitação, especialmente no que se refere ao seu alcance, duração, intensidade e finalidade de autolimitação²².

As características dos direitos da personalidade não podem, portanto, serem tratadas de forma absoluta e irrestrita. Embora sejam considerados intransmissíveis, irrenunciáveis e a limitação voluntária de seu exercício deva estar prevista em lei, por sua própria importância e alcance, há ocasiões em que sua disponibilidade pode e deve ser permitida.

Há de se observar que tamanha restrição e intransigência quanto ao caráter disponível dos direitos da personalidade culminaria na ilegalidade de diversas situações que fazem parte do cotidiano social, vez que as redes sociais, *reality shows* e profissões que envolvem a exposição da vida e da imagem do indivíduo, em tese, seriam proibidas – possibilitando, inclusive, a punição daqueles que viessem a contrariar os dispositivos trazidos pelo Código.

Nesse sentido, tem-se que a (in)disponibilidade desses direitos deverá ser analisada e empregada caso a caso, levando-se em conta todas as suas peculiaridades e não apenas a regra rígida imposta pelo legislador ou a mera vontade e autonomia de seu titular, pois, diante de determinadas situações é possível perceber que:

[...] efetivamente tais direitos são essencialmente indisponíveis, mas, diante das circunstâncias concretas, contam sim com uma esfera de disponibilidade, desde que atendidos os pressupostos de admissibilidade, principalmente o consentimento livre e esclarecido do titular do direito que será restringido, o qual é suficiente para a legitimação do ato dispositivo desde que mantida a intangibilidade mínima do núcleo essencial da dignidade.²³

Assim, considerando que a indisponibilidade dos direitos da personalidade tem total relação com as características trazidas pelo Código Civil, observa-se que essas garantias poderão, em determinadas situações e em certa medida, sofrer restrições, desde que comprovadamente necessárias e justificadas, atingindo a ideia central de proteção aos interesses e à dignidade da pessoa humana.

21 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.26.

22 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.29.

23 CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.201.

3 OS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Antes de tratar especificamente dos métodos autocompositivos de solução de conflitos, cumpre destacar que não apenas no Brasil, mas em diversos países do mundo, os sistemas processuais têm se modernizado, tornando evidente não somente que diversos métodos podem ser utilizados para pacificar com justiça e eficiência²⁴, mas também que um único mecanismo não é suficiente para solucionar todo e qualquer conflito que venha a surgir na sociedade²⁵.

Entende-se que essa tutela jurisdicional diferenciada é capaz – tanto quanto, se não mais – de resolver a grande maioria das situações levadas ao Poder Judiciário diariamente, em especial através da autocomposição, tendo em vista que ninguém melhor do que as próprias partes para solucionar os seus conflitos da maneira mais satisfatória possível.

A autocomposição consiste, portanto, em uma forma de se resolver conflitos por meio de uma decisão consensual, sem qualquer imposição, uma vez que a sua finalidade não é a prolação de uma sentença e sim garantir que os envolvidos tenham autonomia para estruturar os seus interesses²⁶.

Esse mecanismo, fora e além do Judiciário, resulta em inúmeras externalidades positivas, pois, além de desafogar a estrutura estatal, incentiva a composição entre as partes e o cumprimento do acordo realizado, já que os envolvidos tendem a respeitar com mais facilidade as decisões que foram tomadas com a sua participação. Ademais, chegarão aos Tribunais apenas aquelas demandas que, por sua natureza ou qualidade, dependam da chancela jurisdicional²⁷.

Para o ordenamento jurídico brasileiro a autocomposição é um legítimo meio alternativo de se solucionar conflitos. Diz-se, de modo geral, que é admitida sempre que o seu procedimento não acarretar a perda ou a disposição de direitos intimamente ligados à própria pessoa humana²⁸.

Desta forma, tem-se como métodos autocompositivos de solução de conflitos a negociação, a mediação e a conciliação. A primeira permite que as partes resolvam as controvérsias sozinhas ou com auxílio de seus advogados, enquanto que as outras duas contam com o apoio de um facilitador que conduz o diálogo e as tratativas entre os envolvidos.

A negociação é o único método em que não há a participação de um terceiro, sendo necessária maior cooperação e comprometimento das partes. Trata-se de um procedimento dinâmico em que os interessados, através de uma conversa direta, buscam chegar a um acordo que possa satisfazer a todos²⁹.

Já no que se refere à mediação e à conciliação, a participação de um facilitador é obrigatória, com objetivo de que sua atuação direcione os interessados à formulação de uma composição. Contudo, embora ambos os métodos exijam a presença desse terceiro

24 DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p.36.

25 JACOMINI, Alessandro; FERRI, Carlos Alberto. Políticas públicas como incentivo à solução de conflitos. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 42, p.353-365, set./dez. 2020, p.359.

26 GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual dos MESCs: meios extrajudiciais de solução de conflitos*. Barueri: Manole, 2016, p.07.

27 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.278.

28 DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p.53.

29 GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual dos MESCs: meios extrajudiciais de solução de conflitos*. Barueri: Manole, 2016, p.18.

imparcial, que está impedido de impor ou coagir as partes a aceitarem qualquer tipo de obrigação, algumas diferenças podem ser notadas na sistemática de tais mecanismos.

Conceitua-se mediação como o método não adversarial de solução de conflitos em que um terceiro imparcial, sem poder sobre os envolvidos, os auxilia para que de forma cooperativa encontrem o ponto de harmonia da controvérsia existente. Assim, o mediador leva as próprias partes a identificarem os principais quesitos a serem examinados, a acomodarem os interesses individuais aos da parte contrária e a explorarem as maneiras que a situação pode ser resolvida para que, ao final, possam compor produtivamente³⁰.

Todo esse procedimento é realizado sem que o mediador expresse a sua opinião ou aponte possíveis caminhos a serem seguidos pelos envolvidos, todavia, a sua característica mais importante reside no fato de que na mediação há uma busca pela reconstrução da relação rompida ou abalada.

Nesse sentido, a atividade do facilitador tem como finalidade não apenas um acordo, como também um reencontro entre as partes, o resgate do ser humano e a ressignificação do conflito, vez que em inúmeras situações o problema não está na desavença propriamente dita, mas sim no significado que lhe é conferido³¹.

Cabe então ao mediador estabelecer essa comunicação para que os envolvidos possam se ouvir, se entender e enxergar o conflito no lugar do outro. Por essa razão, a mediação é indicada para controvérsias em que as partes têm uma relação mais complexa e que se perpetua no tempo, como por exemplo, as relações familiares.

A conciliação, por sua vez, permite a aplicação de uma metodologia diferente pelo conciliador, denominação conferida àquele que conduz esse procedimento. Aqui há a possibilidade de o facilitador apresentar propostas, ponderar a viabilidade e indicar às partes qual seria a melhor solução para o seu conflito, sem, é claro, obrigá-los a aceitar qualquer sugestão.

Tal método pode ser definido como um conjunto de atos procedimentais através do qual o conciliador atua como agente facilitador da comunicação entre os envolvidos e, em vista disso, lhe é autorizado apontar, sugerir e estimular o diálogo a fim de criar um cenário tranquilo e propício para solucionar da melhor forma o problema apresentado³².

Diante dessa sistemática, percebe-se que na conciliação existe uma maior liberalidade na tratativa entre as partes e na própria atuação do facilitador. Logo, o referido procedimento deve ser preferencialmente aplicado aos conflitos menos complexos, como quando não existe relacionamento anterior entre os envolvidos e a controvérsia discutida é pontual, uma vez que a técnica utilizada não visa, objetivamente, reconstruir a relação afetada pela contenda.

Vale mencionar que a mediação e a conciliação são os métodos mais adotados pelo sistema processual brasileiro, não sendo proibido, no entanto, a aplicação de técnicas negociais que tenham a finalidade de proporcionar um ambiente mais favorável à autocomposição.

Deste modo, embora os três procedimentos possuam características e requisitos diferentes, sobretudo no que se refere à presença e aos limites da intervenção de terceiros facilitadores, constata-se que seu principal objetivo é a realização de um acordo que põe fim

30 CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 4. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2019, p.120.

31 BEZERRA, Tássio. A mediação enquanto instrumento de emancipação da cidadania e de democratização da justiça e do direito. *Direito & Sensibilidade*, Brasília, v.1, n.1, p. 211-226, 2011, p.217.

32 DIAS, Luciano Souto; FARIA, Kamila Cardoso. A mediação e a conciliação no contexto do novo Código de Processo Civil de 2015. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v.8, n.2, p.20-44, ago. 2016, p.26-27.

ao conflito havido entre as partes, cabendo, porém, a análise do caso concreto antes de se decidir qual a melhor opção a ser utilizada, pois, ao não o fazer, há grandes chances de o método escolhido se revelar ineficaz.

4 A PRIMAZIA DA AUTOCOMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Após a reformulação do sistema processual civil, diversas mudanças e inovações foram trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro e, dentre as principais, pode-se citar a ampla promoção e o estímulo à solução consensual dos conflitos.

Tal alegação se justifica pelo fato de que o Código de Processo Civil passou a prever que, além dos magistrados, o Estado, as partes e os demais operadores do direito têm o dever de buscar, a todo e qualquer tempo, através da conciliação, da mediação e de outros métodos de solução consensual de conflitos, a composição dos litígios, inclusive dos processos que já estiverem em curso.

O Poder Público assume, então, um importante papel não apenas no que se refere à regulamentação e ao incentivo da utilização desses métodos, como também de organizar sua própria estrutura a fim de que esses procedimentos possam ser realizados com eficiência dentro do ambiente do Judiciário, vez que toda sistemática processual foi alterada no sentido de promover a autocomposição.

Percebe-se que por um imperativo ético todos devem colaborar para que a solução pretendida em determinados feitos seja alcançada da forma mais harmônica possível, sendo que somente aqueles casos mais graves de desacordo é que seriam depositados sobre os ombros do juiz³³.

Assim, a responsabilidade de se construir uma nova cultura social que dá vida às normas não pode mais ser de tarefa exclusiva da seara política, já que o caráter transformador do Direito impõe à seara jurídica o dever de fomentar essa cultura de cidadania, cabendo-lhe agir de maneira a buscar e a garantir o propósito da pacificação social³⁴.

Há de se observar, contudo, que embora a autocomposição seja considerada um legítimo meio de solução de conflitos e deva ser estimulada pelo direito mediante os procedimentos adequados, como a conciliação e a mediação, entende-se que, de um modo geral, “é admitida sempre que não se trate de direitos tão intimamente ligados ao próprio modo de ser da pessoa, que sua perda a degrade a situações intoleráveis”³⁵.

Diante desse entendimento, questionam-se quais seriam os direitos ditos inegociáveis, pois, por exemplo, para aqueles que defendem a ideia de que os direitos da personalidade são absolutamente indisponíveis, em hipótese nenhuma seria aceita a aplicação dos métodos autocompositivos para solucionar as controvérsias em que tais direitos estivessem envolvidos.

O Código de Processo Civil não traz de forma específica quais direitos ou em quais situações a autocomposição pode ser utilizada. Prevê, apenas, que deve ser buscada sempre que possível, sendo adotada, inclusive, como regra no início de todos os processos judiciais, a partir do qual, se for o caso, começará a fluir o prazo para contestação³⁷.

33 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p.23.

34 SALES, Lília Maia de Moraes; RIBEIRO, Sabrina Florêncio. Mediação de conflitos e a cultura do diálogo no sistema de justiça: uma análise com base na obra “A ilha do dr. Moreau”. *Anamorphosis - Revista Internacional de Direito e Literatura*, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 365-389, dez. 2020, p.376.

35 DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p.53.

36 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; Dantas, Bruno. *Breves comentários do Código de Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.16.

Todavia, ainda que o legislador não tenha apresentado um rol de direitos indisponíveis e muito menos tratado da abrangência dessa indisponibilidade no referido diploma legal, estabeleceu na Lei n. 13.140 de 2015 que o procedimento da mediação pode ter como objeto o conflito que versar sobre direitos indisponíveis, desde que sobre eles seja admitida a transação e que o acordo seja homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

Nota-se, com isso, um certo afastamento da rígida ideia que impossibilita a composição de controvérsias em que há a violação de determinadas espécies de direitos, pois, tratando-se de direitos disponíveis, evidente a possibilidade de livre manifestação da vontade das partes quanto à perfectibilização de um acordo, no entanto, a depender das situações conexas aos direitos indisponíveis, sopesados os interesses e os termos dispostos, permite-se sua composição, em especial quando a reparação dos danos ocorridos é passível de aferição monetária.

É nesse sentido que Dinamarco, Badaró e Lopes lecionam que a autocomposição será permitida quando o interesse material for disponível, sendo que da construção desse acordo surgirá um novo preceito jurídico concreto que, decorrente da vontade das partes, irá substituir validamente a “vontade da lei ordinariamente derivada do encontro dos fatos concretos com a norma abstrata contida no direito objetivo”³⁷.

Tratando-se dos direitos da personalidade, mostra-se imprescindível lembrar que a sua natureza absoluta está relacionada ao fato de serem oponíveis contra todos³⁸, o que por si só não impede que o seu exercício produza efeitos ou danos patrimoniais que possam ser discutidos e acordados através dos métodos autocompositivos de solução de conflitos.

Essa situação, por sua própria importância, não pode levar à conclusão precipitada de que a composição de um acordo que dispõe sobre os direitos da personalidade descaracterizaria seus principais atributos, especialmente quando seu núcleo essencial – a dignidade da pessoa humana – está sendo observado e protegido.

A primazia pela autocomposição dos conflitos decorre da multiplicidade de circunstâncias de diversas configurações que são apresentadas aos Tribunais todos os dias, o que acaba por exigir uma reestruturação da Justiça a fim de que essas novas necessidades possam ser atendidas de maneira adequada, em quantidade e qualidade³⁹.

Sendo assim, não restam dúvidas de que o sistema processual civil brasileiro está aos poucos caminhando no sentido de descentralizar o poder de decisão das mãos dos juízes, oportunizando que as partes decidam qual a melhor maneira de resolver suas controvérsias, uma vez que, independentemente do direito discutido, observado os seus aspectos fundamentais, não haveriam razões para que o acordo entabulado não fosse homologado.

5 CONCLUSÃO

Os direitos da personalidade são inerentes à própria pessoa humana e, justamente para garantir-lhes uma maior proteção, o ordenamento jurídico brasileiro os prevê tanto na Constituição Federal de 1988, que tem como princípios basilares a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais do homem, como no Código Civil, dispondo-lhe de um capítulo exclusivo através do qual há a previsão de determinados direitos em espécie e de suas características primordiais.

37 DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p.53.

38 CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.135.

39 WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p.7.

Para a legislação civilista, com exceção dos casos previstos em lei, esses direitos são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, pois, por sua natureza, são considerados indisponíveis.

Contudo, restou-se demonstrado que em algumas situações os direitos da personalidade poderão sofrer restrições e, embora o legislador não tenha especificado qualquer parâmetro que pudesse ser utilizado como guia no controle de legitimidade dessa limitação, entende-se que seu núcleo essencial a ser protegido é a dignidade da pessoa humana.

É nesse sentido que tais direitos se chocam com a sistemática dos métodos autocompositivos de solução de conflitos, uma vez que a negociação, a mediação e a conciliação, esses últimos expressamente adotados pelo Código de Processo Civil, exigem certa disponibilidade dos pontos a serem trabalhados durante o procedimento, cuja finalidade é a composição da controvérsia apresentada.

A busca pela solução consensual dos conflitos não pode, por óbvio, violar e descaracterizar os direitos da personalidade a ponto de retirá-los por completo de seu titular, mas há determinadas situações e decorrências conexas a elas que poderão ser objetos de acordo.

Conclui-se, assim, que diante da importância dos direitos da personalidade e da abrangência de sua proteção, sua disponibilidade deve ser permitida para que o indivíduo possa exercê-los de forma mais plena e eficaz, o que possibilita não apenas a formulação de acordos que melhor atenderão os interesses dos envolvidos em caso de violação, como também evita o abarrotamento do Judiciário com ações que facilmente seriam resolvidas entre as partes.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Tássio. A mediação enquanto instrumento de emancipação da cidadania e de democratização da justiça e do direito. *Direito & Sensibilidade*, Brasília, v.1, n.1, p.211-226, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 out. 2021.

CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 4. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2019.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. São Paulo: Quórum, 2008.

DIAS, Luciano Souto; FARIA, Kamila Cardoso. A mediação e a conciliação no contexto do novo Código de Processo Civil de 2015. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, Natal, v. 8, n. 2, p. 20-44, ago. 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade: anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, p. 51-70, 2005.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual dos MESCs: meios extrajudiciais de solução de conflitos*. Barueri: Manole, 2016.

JACOMINI, Alessandro; FERRI, Carlos Alberto. Políticas públicas como incentivo à solução de conflitos. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 42, p. 353-365, set./dez. 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MIRANDA, Pontes de. *Direito de personalidade. Direito de família: direito matrimonial (existência e validade do casamento)*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. *Instituições de direito civil: direitos da personalidade (Direito de Humanidade)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SALES, Lilia Maia de Moraes; RIBEIRO, Sabrina Florêncio. Mediação de conflitos e a cultura do diálogo no sistema de justiça: uma análise com base na obra "A ilha do dr. Moreau". *Anamorphosis - Revista Internacional de Direito e Literatura*, Porto Alegre, v.6, n.2, p.365-389, dez. 2020.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; Dantas, Bruno. *Breves comentários do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos gerais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Recebido em: 10.12.2021

Aprovado em: 12.04.2023

Como citar este artigo (ABNT):

GREGÓRIO, Daniely Cristina da Silva; TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. A (in)disponibilidade dos direitos da personalidade e a primazia da autocomposição dos conflitos no Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.47, p.95-106, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2023/05/DIR47-05.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.



Newton

ISSN 1678-8729