

Volume 2, Ano 2021/2022
Publicação em Fluxo Contínuo

REVISTA

JUS

CONTEMPORÂNEA



*Direito, Sociologia, Ciência Política,
Administração Pública, Psicologia
e Relações Interacionais.*



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 2ª Região

REVISTA JUSCONTEMPORÂNEA
Rio de Janeiro: TRF2, 2019-. Fluxo contínuo
DOI: <https://doi.org/10.30749/2674-9734.v2n0>

CONTATO

Equipe Revista Juscontemporânea
Rua Acre, 80 – Centro – Rio de Janeiro – RJ – CEP 20081-000
Telefone: (21) 3261-6405
revistajuscontemporanea@trf2.jus.br

Contato para Suporte Técnico:

Juscontemporânea Apoio
Telefone: (21) 3261-2551
revistajuscontemporanea@trf2.jus.br

Ficha Catalográfica

Revista Juscontemporânea / Tribunal Regional Federal da 2. Região. – v. 1, n. 1, (out./jan. 2019-2020). – Rio de Janeiro: Tribunal Regional Federal da 2. Região, 2019-.

Anual.

Quadrimestral até o v. 1, n. 1 out./jan. de 2019-2020.

Publicação contínua a partir de set. de 2021.

Publicação impressa e digital.

Disponível em:

<http://lexcultccjf.trf2.jus.br/index.php/revistajuscontemporanea/index>

Catálogo na fonte: Seção de Biblioteca.

e-ISSN: 2674-9734

ISSN: 2674-9793

1. Sociologia jurídica. 2. Direito. 3. Ciência política. 4. Administração pública. 5. Psicologia. 6. Relações internacionais. I. Título.

CDD 340.2050
CDU 34:316(05)

EQUIPE EDITORIAL

Editor-Chefe: Desembargador Federal Reis Friede – Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Editora-Executiva: Dra. Maria Geralda de Miranda – Pós-doutora em Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)

Editora-Gerente: Márcia Teixeira Cavalcanti – Doutora em Ciência da Informação pelo Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT/UFRJ)

Conselho Consultivo Científico:

Prof. Dr. Reis Friede, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO e Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2, Brasil

Profa. Dra. Maria Geralda de Miranda, Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM, Brasil

Profa. Dra. Ana Mafalda Morais Leite, Universidade de Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Benjamin Abdala Júnior, Universidade de São Paulo, USP, Brasil

Prof. Dr. Alexandre José Pinto Cadilhe de Assis Jácome, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Brasil

Prof. Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido, Universidade Católica de Petrópolis, UCP Petrópolis, Brasil

Prof. Dr. Andre Fontes, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO, Brasil e Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2, Brasil

Profa. Dra. Angela Roberti, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil e Universidade do Grande Rio, UNIGRANRIO, Brasil

Prof. Dr. Cláudio Lopes Maia, Universidade Federal de Goiás, UFG, Brasil

Prof. Dr. Heitor Romero Marques, Universidade Católica Dom Bosco, UCDB, Mato Grosso do Sul, Brasil

Profa. Dra. Arlinda Cantero Dorsa, Universidade Católica Dom Bosco, UCDB, Mato Grosso do Sul, Brasil

Profa. Dra. Márcia T. Cavalcanti, Universidade Santa Úrsula, USU, Rio de Janeiro, Brasil

Prof. Dra. Raquel Villardi, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil

Prof. Dr. Marcus Abraham, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil

Conselho Consultivo Interno:

Desembargador Federal André Fontes

Desembargador Federal Marcello Granado

Desembargador Federal Abel Fernandes
Gomes

Desembargador Federal Marcus Abraham

Desembargador Federal Alcides Martins

Desembargador Federal Messod Azulay Neto

Desembargador Federal Antonio Ivan Athié

Desembargador Federal Paulo Espirito Santo
– Decano

Desembargador Federal Guilherme Calmon
Nogueira da Gama

Desembargador Federal Reis Friede

Desembargador Federal Guilherme Couto de
Castro

Desembargador Federal Sergio Schwaitzer

Desembargador Federal Guilherme
Diefenthaler

Desembargadora Federal Claudia Maria
Pereira Bastos Neiva

Desembargador Federal José Antonio Lisbôa
Neiva

Desembargador Federal Theophilo Antonio
Miguel Filho

Desembargador Federal Luiz Paulo da Silva
Araújo Filho

Revisores Ad Hoc:

Amanda Carolina Torres Nogueira, Faculdade Damas da Instrução Cristã, FADIC, Brasil

Clovis Antonio Brighenti, Universidade Federal da Integração Latino-Americana, UNILA, Brasil

Eduardo Real, Universidade Católica de Pelotas, UCPel, Brasil

Enzo Baiocchi, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil

Guilherme César Pinheiro, Universidade do Estado de Minas Gerais, UEMG, Brasil

Jair Aparecido Cardoso, Universidade de São Paulo, USP, Brasil

Roberta Pinheiro Piluso, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil

Rodrigo Monteiro Pessoa, Universidade de São Paulo, USP, Brasil

Thiago Maia Sayão de Moraes, Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia de Mato
Grosso, IFMT, Brasil

Corpo Técnico Editorial:

Tradução: Vitor Kifer, tradução Inglês e Espanhol, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

Webdesign e Diagramação: Coordenadoria de Produção Gráfica e Visual COPGRA/ARIC/TRF2

Normalização: Biblioteca do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

Suporte Técnico: Setor de Tecnologia da Informação, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. TRF2

Colaboração Editorial: Marcos Filipe Moreira Silva (estagiário de Letras)

SUMÁRIO

8 Apresentação Os Editores

| ARTIGOS

1-26 **Poder de Polícia e a Impossibilidade de Delegação ao Particular**
Magelo dos Reis, Fabiana Silva Delgado

1-23 **Direito à Cidade e à Moradia: o vácuo entre a lei e a realidade**
Mário Luiz da Silva, Patrícia Maria Dusek, Maria Geralda de Miranda

1-23 **O Uso de Inteligência Artificial nos Escritórios de Advocacia:
aspectos éticos e práticos**
Otávio Morato de Andrade

1-37 **A Competência Delegada da Justiça Federal após a Vigência da
EC Nº 103/2019, para além das Causas de Natureza
Previdenciária**
Heitor Moreira de Oliveira; Enderson Danilo Santos de Vasconcelos

1-38 **Evolução Histórica do Direito Privado Alemão**
Leonardo Estevam de Assis Zanini

Prezados,

A Revista Juscontemporânea, a partir do volume 2, aberto em setembro de 2021, passa a adotar o sistema de "Publicação em Fluxo Contínuo". A mudança no formato da publicação estava sendo discutida há algum tempo e a decisão foi tomada buscando atender os requisitos de indexação de grandes bases de dados, como também os exigidos para a classificação da revista no Qualis-CAPES.

O que muda com o novo formato? Agora teremos um único volume anual aberto (*In progress*), à proporção que os artigos receberem o aceite dos avaliadores e forem diagramados serão publicados no volume em aberto. Ao final de um ano aquele volume será encerrado, sendo aberto um novo para o próximo ano. Esperamos que a mudança acelere a publicação dos artigos e contribua para uma maior visibilidade, tanto da revista quanto dos trabalhos publicados, pois trará maior agilidade ao processo de divulgação dos resultados das pesquisas.

A Revista Juscontemporânea continua com seu caráter interdisciplinar, buscando o diálogo do Direito com as demais disciplinas humanas, especialmente a Sociologia, Ciência Política, Administração Pública, Psicologia e Relações Internacionais, visando contribuir para a geração de novos conhecimentos nas diferentes áreas do saber. O acesso à revista continua sendo gratuito e não há taxas para submissão e avaliação de artigos.

Os Editores da Juscontemporânea se sentem honrados em entregar ao público de leitores, pesquisadores, juristas e estudantes a 1ª edição completa após a modificação para fluxo contínuo. Esta edição conta com seis artigos de temática livre. No artigo **Poder de Polícia e a Impossibilidade de Delegação ao Particular** é analisado o instituto Poder de Polícia que é uma das atribuições do Estado, e que tem sido alvo de discussões e contestações no decorrer dos anos no tocante a sua impossibilidade de delegação ao particular.

Em **Direito à Cidade e à Moradia: o vácuo entre a lei e a realidade** se pretende abordar a questão da moradia, hoje elevada à condição de direito fundamental.

Uso de Inteligência Artificial nos Escritórios de Advocacia: aspectos éticos e práticos aborda investiga o alcance das ferramentas de IA disponíveis na advocacia, bem como os desdobramentos práticos e éticos da sua implementação.

O artigo **A Competência Delegada da Justiça Federal após a Vigência da EC Nº 103/2019, para além das Causas de Natureza Previdenciária** pretende refletir acerca dos impactos de tal exclusão de hipótese de competência federal delegada.

Evolução Histórica do Direito Privado Alemão tem como principal objetivo a realização de um estudo panorâmico acerca da evolução histórica do direito privado alemão.

Agradecemos a todos que participaram do processo como autores ou como avaliadores e também a toda a equipe editorial da revista. Desejamos a todos uma ótima leitura.

Os Editores

ISSN Eletrônico: 2674-9734

Periodicidade: Publicação em Fluxo Contínuo (anual)

O recebimento de artigos caracteriza-se por fluxo contínuo sem que seja possível prever a data de sua publicação.

<https://doi.org/10.30749/2674-9734.v2n0a351>

PODER DE POLÍCIA E A IMPOSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO AO PARTICULAR

POLICE POWER AND THE IMPOSSIBILITY OF DELEGATION TO PRIVATE INDIVIDUALS

Magelo dos Reis¹
Fabiana Silva Delgado²

Resumo: O trabalho analisa o instituto Poder de Polícia que é uma das atribuições do Estado, e que tem sido alvo de discussões e contestações no decorrer dos anos no tocante a sua impossibilidade de delegação ao particular. Argumentou-se que o poder de polícia pode ser delegado a particulares. Nesse sentido, o Senador Antonio Anastasia apresentou em 17 de agosto de 2017 um Projeto de Lei (PLS 280/2017) que define diretrizes e requisitos para a delegação do serviço público de fiscalização administrativa a particulares. O método a ser utilizado será o descritivo e contará com um levantamento bibliográfico, onde serão analisados livros, artigos, Legislação e Jurisprudência.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Poder de polícia. Delegação. Impossibilidade.

Abstract: This paper analyzed the power of police that is one of the attributions of the State and that has been the subject of discussions, objections over the years and its impossibility of delegation to the individual. The argument then arose that police power could be delegated to private individuals. Following this, Senator Antonio Anastasia presented on August 17, 2017, a Bill (PLS 280/2017) that defines guidelines and requirements for the delegation of the public service of administrative supervision to individuals. The method to be used will be descriptive and will have a bibliographic survey, where books, articles, Legislation and Jurisprudence will be analyzed.

Keywords: Administrative law. Police power. Delegation. Impossibility.

Recebido em: 15/05/2020
Aceito para publicação em: 15/05/2020

¹ Possui graduação em Direito.

² Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Ex- aluna da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Mestranda no PPGDL do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM).

1 INTRODUÇÃO

O poder de polícia é uma função do Estado que tem sido questionado ao longo do tempo. Trata-se de um assunto complexo e que requer uma análise criteriosa na busca de compreender o pensamento das diversas correntes doutrinárias. Além disso, é um tema que vive em constante mudança.

O poder da polícia inicialmente era mitigado em decorrência do Estado mínimo, desprendido na economia. Tal fato era fruto da exigência de limites negativos à liberdade e à propriedade, condição para a coexistência de direitos. A primeira mudança do poder de polícia ocorreu com a crise econômica em 1929 e a partir daí se fortaleceu o sentido intervencionista do Estado.

Os atributos do poder de polícia estão ligados às concepções históricas de cada sociedade, podendo haver particularidades entre algumas e divergências entre outras.

Após muitas mudanças, o tema norteador afigura-se como questionamento, até que ponto o poder de polícia preserva seu conteúdo original e quais as alterações que têm ocorrido no direito brasileiro a ponto de delegar poder ao particular.

Diante do exposto, o objetivo do presente estudo é analisar o poder de polícia e a possibilidade do exercício pelo particular. Para isto, serão analisados livros e artigos, buscando um fundamento bibliográfico com relação a esta temática.

A escolha por esse tema deu-se ao fato de que, buscando potencializar o serviço público, o Senador Antônio Anastasia apresentou em 17 de agosto de 2017 um Projeto de Lei, PLS 280/2017 (BRASIL, 2017), que define diretrizes e requisitos para a delegação do serviço público de fiscalização administrativa a particulares, ato considerado exclusivo do ente público.

Neste sentido, manifestou-se o Excelentíssimo senador, em sua página virtual sobre o mencionado projeto:

Na prática, a proposta vai possibilitar que a Administração Pública possa contar com parcerias privadas para exercer o poder de fiscalização nos mais diversos setores estatais. Para cada setor que o poder público prever a delegação será necessária lei específica. (ASSESSORIA DE IMPRENSA DO SENADOR ANTONIO ANASTASIA, 2017).

2 PODER DE POLÍCIA NO DIREITO BRASILEIRO

O poder de polícia, que nos conceitua a literatura clássica de Carvalho Filho (2019, p. 171), fala a respeito da atividade estatal que implica em limitações do exercício dos direitos individuais em benefício da segurança:

O poder de polícia como a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade”.

Buscando na literatura moderna, Di Pietro (2019, p. 320) tem conceituado que no direito brasileiro: “O poder de polícia diz respeito á atividade do Estado que limita o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”.

Neste sentido, também as palavras de Meirelles e Burle Filho, que defendem que a Administração pública tem a faculdade para condicionar, restringir o uso e gozo de bens: “Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.” (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 151).

O poder de polícia pode ser observado conforme alguns autores sobre o prisma de duas óticas: sentido amplo e sentido restrito. Vejamos o que nos diz Rossi (2019, p. 198):

Poder de polícia em sentido amplo: engloba toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais, abarcando atos do Executivo e do Legislativo, nos termos do art. 5º, II, da Constituição: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Poder de polícia em sentido restrito: é a atividade administrativa exercida pelos agentes da Administração no sentido de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade dos indivíduos em nome do interesse público. Abarca apenas e tão somente os atos do Executivo, isto é, os atos tipicamente administrativos. Nesse sentido, já pressupomos preexistência de lei para que os administradores imponham a disciplina e as restrições aos direitos dos indivíduos.

Trazendo um jeito diferente de analisar o poder de polícia, Oliveira (2018, p. 269) conceitua os dois sentidos da seguinte maneira:

O poder de polícia possui dois sentidos distintos:

Sentido amplo: o poder polícia compreende toda e qualquer atuação restritiva à liberdade e a propriedade que tem por objetivo a satisfação de necessidades coletivas. De acordo com essa concepção, o poder de polícia envolve tanto a atividade legislativa, que inova na ordem jurídica com a criação de direitos e obrigações para as pessoas, quanto a atividade administrativa, que executa os termos da lei;

Sentido restrito: o poder de polícia significa o exercício da função administrativa, fundada na lei, que restringe e condiciona o exercício de direitos e atividades privadas, com o objetivo de implementar o interesse público. Nesse sentido, a polícia administrativa relaciona-se diretamente à função administrativa.

Já no Código Tributário Nacional (CTN) o conceito de poder de polícia decorre do fato de constituir o exercício desse poder um dos fatos geradores da taxa, conforme art. 145, II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e art. 77 do referido Código (BRASIL, 1966).

O artigo 145, II, da Constituição Federal de 88 traz esta definição legal:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. (BRASIL, 1988).

O artigo 77 do CTN define as taxas que tem como fato gerador o poder de polícia.

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. (BRASIL, 1966).

Note-se que o artigo 78 do CTN define o poder de polícia como atividade da administração pública; mas no parágrafo único considera regular o seu exercício "quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com

observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder". (DI PIETRO, 2019, p. 320).

O art. 78 do CTN traz uma definição legal do poder de polícia:

Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único: Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. (BRASIL, 1966).

O Poder de Polícia busca também condicionar e restringir o uso de bens, atividades e direitos individuais em benefício da coletividade e do próprio Estado. (DI PIETRO, 2019, p. 332).

Historicamente não havia sentido falar em um Direito Administrativo durante a Idade Média, período característico do Estado Absolutista, em que inexistiam regras jurídicas colocadas acima da vontade dos monarcas. Foi somente após a Revolução Francesa, em 1789, que o fortalecimento dos **Parlamentos** criou condições para estabelecerem-se regras limitadoras da atuação da administração pública. Ocorrida pouco antes da Revolução Francesa, no mesmo século XVIII, tem sido também apontada pelos estudiosos como decisiva para o nascimento da ideia de um Direito Administrativo, a publicação da obra *O espírito das leis* (*L'esprit des lois*, 1748), de Charles-Louis de Secondat, ou Charles de Montesquieu, mais conhecido como Barão de Montesquieu. (MAZZA, 2019, p. 70).

É importante apontar que foi no início do século XVIII que a polícia passou a responder à atividade pública interna. A partir deste momento é dado o sentido amplo de polícia, que passa a ter como noção de Administração Pública. (DI PIETRO, 2010, p. 116).

Ao exercer o poder de polícia, o agente público percorre determinado ciclo até a aplicação da sanção, também chamado ciclo de polícia.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2005), em seu Curso de Direito Administrativo, estruturou este ciclo do poder de polícia em quatro fases. São elas: ordem de polícia, consentimento de polícia, fiscalização de polícia e sanção de polícia.

A primeira fase (ordem de polícia) é aquele preceito legal no qual é dada validade à limitação prevista, para que não se pratique ato que lesione o interesse público ou se omita ao deixar de fazer algo que evite a lesão ao interesse público. Como exemplos desse preceito legal, pode-se mencionar a vedação de autorização de porte de arma de fogo de uso restrito às Forças Armadas, e outra em que a vedação existe de início, mas é possível, após a devida avaliação, que a Administração dê o consentimento para o exercício de determinada atividade ou o uso de certa propriedade privada como é o caso da licença para construir, caso fique demonstrado que o projeto atende à legislação específica.

A segunda fase (consentimento de polícia) é o ato administrativo que confere anuência ao exercício de atividade ou ao uso de propriedade e somente existe se for a segunda espécie de ordem de polícia ("preceito negativo com reserva de consentimento").

A terceira fase (fiscalização de polícia) é a verificação se as ordens de polícia estão sendo cumpridas (se não está sendo exercida uma atividade vedada ou se uma atividade consentida está sendo executada dentro dos limites estabelecidos).

A quarta fase (sanção de polícia) é a fase em que, verificada afronta à ordem de polícia, é aplicada a pena de polícia. (MOREIRA NETO, 2005, p. 395-404).

2.1 Atributos do poder de polícia

Para que o Estado atue de forma decisiva, permanente, e seja possível a efetivação do poder de polícia da administração, esse poder deve possuir certos atributos que são: discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade.

2.1.1 Discricionariedade

A discricionariedade se faz na livre escolha pela Administração pública, da oportunidade e conveniência para o exercício do poder de polícia:

A **discricionariedade**, como já vimos, traduz-se na livre escolha, pela Administração, da oportunidade e conveniência de exercer o poder de polícia, bem como de aplicar as sanções e empregar os meios conducentes a atingir o fim colimado, que é a proteção de algum interesse público. Neste particular, e desde que o ato de polícia administrativa se contenha nos limites legais e a autoridade se mantenha na faixa de opção que lhe é

atribuída, a discricionariedade é legítima. (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 159).

Eduardo Antunes de Oliveira diz que geralmente as normas que conferem poderes discricionários não determinam a forma e as condições para que se execute o ato, de tal modo que a administração pública tem a autonomia para estabelecer as condições para o exercício de um determinado ato. Esse geralmente é o centro de discricionariedade, que como podemos ver não é total e é reflexo do que está disposto na lei. (OLIVEIRA, 2012).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro diz que a discricionariedade mesmo estando presente na maior parte das medidas de polícia, nem sempre isso ocorre.

Quanto à discricionariedade, embora esteja presente na maior parte das medidas de polícia, nem sempre isso ocorre. Às vezes, a lei deixa certa margem de liberdade de apreciação quanto a determinados elementos, como o motivo ou o objeto, mesmo porque ao legislador não é dado prever todas as hipóteses possíveis a exigir a atuação de polícia. Assim, em grande parte dos casos concretos, a Administração terá que decidir qual o melhor momento de agir, qual o meio de ação mais adequado, qual a sanção cabível diante das previstas na norma legal. Em tais circunstâncias, o poder de polícia será discricionário. (DI PIETRO, 2010, p. 324).

Carvalho Filho nos diz que quando a Administração tem a lei ao seu lado, pode considerar a área de atividade às restrições em favor do interesse público.

Quando tem a lei diante de si, a Administração pode levar em consideração a área de atividade em que vai impor a restrição em favor do interesse público e, depois de escolhê-la, o conteúdo e a dimensão das limitações. É o caso, por exemplo, em que autoridades públicas enumeram apenas alguns rios onde a pesca se tornará proibida. Sem dúvida que nesse momento a Administração age no exercício de seu poder **discricionário**. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 184).

Meirelles e Burle Filho afirmam que não podemos confundir discricionariedade com arbitrariedade, devemos nos ater a critérios legais, legítimos e válidos.

Discricionariedade não se confunde com **arbitrariedade**. Discricionariedade é liberdade de agir dentro dos limites legais; arbitrariedade é ação fora ou excedente da lei, com abuso ou desvio de poder. O ato discricionário, quando se atém aos critérios legais, é legítimo e

válido; o ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido. (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 159).

2.1.2 Autoexecutoriedade

Na Autoexecutoriedade devemos observar os princípios da eficiência e da supremacia do interesse público sobre o particular, vejamos o que nos diz Licínia Rossi:

Autoexecutoriedade significa que a Administração Pública, até como observância ao princípio da eficiência e da supremacia do interesse público sobre o particular, realiza os seus atos independentemente da presença e autorização do Judiciário.

A Administração Pública promove imediatamente, por seus próprios meios (humanos e materiais) a submissão integral do administrado àquelas determinações editadas, sem necessidade de recorrer a qualquer outro Poder para isso. Quando apreende bens impróprios e nocivos ao consumo da população, ou ainda quando interdita estabelecimentos poluentes da atmosfera, o faz como consequência do atributo da autoexecutoriedade. (ROSSI, 2019, p. 211).

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 325) a autoexecutoriedade é a possibilidade que a Administração tem de por em execução suas decisões, vejamos: "A autoexecutoriedade (que os franceses chamam de executoriedade apenas) é a possibilidade que tem a Administração de, com os próprios meios, pôr em execução as suas decisões, sem precisar recorrer previamente ao Poder Judiciário".

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro a autoexecutoriedade pode ser dividida em dois: exigibilidade e executoriedade. No tocante à exigibilidade ela assim leciona.

Resulta da possibilidade que tem a Administração de tomar decisões executórias, ou seja, decisões que dispensam a Administração de dirigir-se preliminarmente ao juiz para impor a obrigação ao administrado. A decisão administrativa impõe-se ao particular ainda contra a sua concordância; se este quiser se opor, terá que ir a juízo. (DI PIETRO, 2010, p. 325).

Em sua dissertação Leonardo de Mello Gonçalves (2010) afirma que no direito brasileiro a executoriedade ou autoexecutoriedade, é o atributo do ato administrativo que lhe outorga meios para exercer de forma direta a coação, o que é

importante relatar que a administração pública pode, por seus próprios meios, aplicá-los, sem que se tenha a necessidade de uma autorização judicial prévia.

Conforme asseveram Meirelles e Burle Filho (2016, p. 160), pedir uma autorização do Poder Judiciário é negar-se o próprio poder de polícia, vejamos: “Exigir-se prévia autorização do Poder Judiciário equivale a negar-se o próprio poder de polícia administrativa, cujo ato tem de ser sumário, direto e imediato, sem as delongas e complicações de um processo judiciário prévio”.

2.1.3 Coercibilidade

Sempre em que se constituir uma obrigação ao administrado, aparece o atributo da coercibilidade, assim nos diz Rossi (2019, p. 212):

O atributo da **coercibilidade** aparece sempre que o ato constituir uma obrigação ao administrado. Decorre da imperatividade dos atos administrativos assim como do *ius imperii* estatal, corolário do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, no sentido de obrigar todos a observarem os comandos ditados pelo Estado.

Nas palavras de Carvalho Filho, quando houver uma resistência contra a Administração Pública, ela pode usar a força.

Diga-se, por oportuno, que é intrínseco a essa característica o poder que tem a Administração de usar a força, caso necessária para vencer eventual recalcitrância. É o que sucede, por exemplo, quando, em regime de greve, operários se apoderam *manu militari* da fábrica e se recusam a desocupá-la na forma da lei. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 187).

A coercibilidade, conforme apontam as doutrinas, é o atributo do poder de polícia que dá respaldo ao uso da “Violência”, quando houver por parte do particular resistência. Tal violência deve ser proporcional. O uso da violência desproporcional torna o ato arbitrário e ilegal, respondendo o agente cível e criminalmente. Neste sentido:

A violência desnecessária ou desproporcional à resistência, que em tal caso pode caracterizar o excesso de poder e o abuso de autoridade nulificadores do ato praticado e ensejadores das ações civis e criminais para reparação do dano e punição dos culpados. (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 161).

3 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS QUANTO À DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA

Ante o princípio de “quem pode o mais pode o menos”, não é difícil atribuir às pessoas políticas da federação o exercício do poder de polícia. Afinal, se lhes incumbe editar as próprias leis limitativas, coerente que lhes confira, em decorrência, o poder de minudenciar as restrições. Trata-se aqui do poder de polícia originário, que alcança, em sentido amplo, as leis e os atos administrativos provenientes de tais pessoas. Nesse sentido:

O Estado, porém, não age somente por seus agentes e órgãos internos. Várias atividades administrativas e serviços públicos são executados por pessoas administrativas vinculadas ao Estado. A dúvida consiste em saber se tais pessoas têm idoneidade para exercer o poder de polícia. E a resposta não pode deixar de ser positiva, conforme proclama a doutrina mais autorizada. Tais entidades, com efeito, são o prolongamento do Estado e recebem deste o suporte jurídico para o desempenho, por delegação, de funções públicas a ele cometidas. Indispensável, todavia, para a validade dessa atuação é que a delegação seja feita por lei formal, originária da função regular do Legislativo. Observe-se que a existência da lei é o pressuposto de validade da polícia administrativa exercida pela própria Administração Direta e, desse modo, nada obstará que servisse também como respaldo da atuação de entidades paraestatais, mesmo que sejam elas dotadas de personalidade jurídica de direito privado. O que importa, repita-se, é que haja expressa delegação na lei pertinente e que o delegatário seja entidade integrante da Administração Pública. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 175).

Rafael Carvalho Rezende Oliveira aponta em seu livro que a delegação do poder de polícia depende do preenchimento de três requisitos, a saber:

- a) A delegação deve ser feita por lei, não se admitindo via contratual;
- b) Apenas a fiscalização do poder de polícia pode ser delegada;
- c) As entidades privadas delegatárias devem integrar a Administração Indireta (empresas públicas, sociedade de economia mista e fundação estatais de direito privado), não sendo lícita a delegação às entidades privadas em geral. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho. (OLIVEIRA, 2018, p. 283).

O Superior Tribunal Federal já se manifestou sobre a impossibilidade de delegação ao particular o exercício do poder de polícia, na qual argumentou que é

indelegável ao particular a atividade típica de Estado, conforme nos diz Rafael Oliveira.

O STF tem afirmado a impossibilidade genérica de exercício do poder de polícia por particulares. Foi o que ocorreu quando a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade do artigo 58 da lei 9.649/1998, que pretendia estabelecer o exercício dos serviços de fiscalização das profissões regulamentadas por entidades privadas, delegatárias do poder público. O argumento utilizado pela suprema corte foi no sentido de ser indelegável aos particulares a atividade típica de Estado (poder de polícia). Curiosamente, o STF, posteriormente, afirmou que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que também exerce fiscalização de profissões, não integraria a Administração Pública Indireta, sendo certo que a sua atividade não difere essencialmente daquelas desenvolvidas pelos demais Conselhos profissionais. Contudo, a Suprema Corte, em hipótese de repercussão geral, afirmou que as ações que envolvem a OAB devem ser julgadas pela justiça Federal, em razão da natureza autárquica desta entidade. (OLIVEIRA, 2018, p. 283).

Corroborando com a Suprema Corte vejamos o que diz Carvalho Filho (2019, p. 177):

Cabe destacar que a delegação não pode ser outorgada a pessoas da iniciativa privada, desprovidas de vinculação oficial com os entes públicos, visto que, por maior que seja a parceria que tenham com estes, jamais serão dotadas da potestade (*ius imperii*) necessária ao desempenho da atividade de polícia.

Mazza (2019, p. 666) também entende que é indelegável:

O poder de polícia é manifestação do poder de império (*ius imperii*) do Estado, pressupondo a posição de superioridade de quem o exerce, em relação ao administrado (art. 4º, III, da Lei n. 11.079/2004). Por isso, a doutrina não admite delegação do exercício do poder de polícia a particulares. Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, poder de polícia só pode ser delegado a pessoas jurídicas de direito público, e não a pessoas jurídicas de direito privado (ADIn 1.717-6). (STF, 2002, apud MAZZA, 2019, p. 666).

Conforme assevera Carvalho Filho (2019), no que se trata à possibilidade da delegação do exercício do poder de polícia por particulares, cabe apontar que esta questão já foi apreciada e discutida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.717, na qual a Corte entendeu não ser possível esta

delegação, ou seja, não é permitido transferir o exercício do poder de polícia para pessoas jurídicas que não integram a Administração Pública.

O julgado acima justifica-se pelo fato de o Estado deter o monopólio da violência, de modo que não pode ser transferido a particulares. Legalmente, somente o Estado pode fazer uso de força para fazer cumprir os preceitos legais; no entanto, aos particulares não há vedação total sobre o exercício do poder de polícia, o que resulta em algumas atividades acessórias que podem ser delegadas. (JUSTEN FILHO, 2014).

O Ministro Marco Aurélio, relator na matéria que consta do Recurso Extraordinário (RE) 637.539, que trata da aplicação de multas de trânsito por guardas municipais, um tema com repercussão geral reconhecida pelo STF. Segundo o Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2011):

O tema, de índole constitucional, está a merecer o crivo do Supremo. Tal recurso foi proposto pelo Município do Rio de Janeiro contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ), que considerou não ser atribuição da guarda municipal a aplicação de multa de trânsito, tendo em vista o disposto no artigo 144, §8º, da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB. A questão é que para o TJERJ, os municípios não têm poder de polícia de segurança pública e, por conseguinte, as autuações de trânsito lavradas pelos guardas municipais cariocas são nulas de pleno direito. O município enfatiza também a importância do pronunciamento do STF sobre a questão nos âmbitos social, político e jurídico, "haja vista estar em jogo a autonomia municipal e a possibilidade de desautorizar-se a polícia de trânsito local e, com isso, permitir-se a impunidade de um sem-número de motoristas." Diante dessa questão debatida neste recurso, o Ministro Marco Aurélio acredita que trata-se de um assunto que extrapola seus limites.

Outro recurso desse mesmo tema foi discutido pelo Ministro Luiz Fux, relator do Recurso Extraordinário ARE 662.186/MG onde o recorrente sustenta que o exercício do poder de polícia de trânsito pode ser delegado à sociedade de economia mista. Em seu pronunciamento assim asseverou:

Assevera que a Lei Municipal 5.953/91 autorizou a criação da BHTRANS com a finalidade de controlar e executar os serviços de trânsito no Município de Belo Horizonte, consoante o disposto no art. 24 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97), bem como no interesse público local, nos termos do art. 30 da CRFB. Já a recorrida alega que a BHTRANS tem apenas poder de polícia fiscalizatório, sendo vedada a imposição de sanções. Acrescenta que os agentes da recorrida são empregados celetistas, pertencentes à

Administração Pública indireta e, portanto, incompetentes para o exercício do poder de polícia. Diante da relevância do tema sob o ponto de vista constitucional, uma vez que necessita de uma verificação da observância, por parte do município recorrente, dos limites impostos à delegação do exercício do poder de polícia, à luz do disposto no art. 24 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97) e art. 30 da Constituição Federal. O referido ministro do STF assinala que como a questão constitucional em apreço ultrapassa os interesses das partes, avultando-se relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, submeteu a matéria aos demais ministros do STF. (BRASIL, 2012).

O Recurso Extraordinário 662.186/MG (BRASIL, 2014) não admitiu a aplicação de sanção sobre o entendimento da inviabilidade da aplicação de multas da BHTRANS na qual declara ilegítima os autos de infração por ela elaborados.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DE MULTA DE TRÂNSITO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PODER DE POLÍCIA. DELEGAÇÃO DOS ATOS DE FISCALIZAÇÃO E SANÇÃO A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. AGRAVO PROVIDO PARA MELHOR EXAME DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Decisão: Trata-se de agravo contra decisão que inadmitiu Recurso Extraordinário interposto com fundamento no artigo 102, III, "d", da Constituição da República, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim do: ação ordinária. Objeto. Declaração de ilegitimidade e restituição de multas de trânsito quitadas. Ilegitimidade da BHTRANS. Sociedade de economia mista. Impossibilidade. STJ. Procedência dos pedidos iniciais. Firmado, pelo Superior Tribunal de Justiça, o entendimento sobre a inviabilidade da BHTRANS, sociedade de economia mista, na aplicação de multas de trânsito, declara-se a ilegitimidade dos autos de infração elaborados e determina-se a restituição dos valores arrecadados pela entidade. Recurso não provido. "No recurso extraordinário, a recorrente argui ofensa aos artigos 5º, inciso XXXV, 30, incisos I e V, 37, cabeça e inciso XIX, e 175, da Carta da República. Para tanto, sustenta que o exercício do poder de polícia de trânsito pode ser delegado à sociedade de economia mista. Assevera que a Lei Municipal 5.953/91 autorizou a criação da BHTRANS com a finalidade de controlar e executar os serviços de trânsito no Município de Belo Horizonte, consoante o disposto no art. 24 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97), bem como no interesse público local, nos termos do art. 30 da Constituição da República de 1988. Em contrarrazões, a recorrida alega que a BHTRANS tem apenas poder de polícia fiscalizatório, sendo vedada a imposição de sanções. Acrescenta que os agentes da recorrida são empregados celetistas, pertencentes à administração indireta e, portanto, incompetentes para o exercício do poder de polícia. O extraordinário não foi admitido na origem. Em sequência, a recorrente interpôs o presente agravo. Finalmente, por entender que o tema constitucional versado nestes autos é relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, além de ultrapassar os interesses subjetivos da causa, esta Corte reconheceu a repercussão geral do tema constitucional. É o Relatório. DECIDO. O agravo preenche todos os requisitos de admissibilidade, de modo que o seu conhecimento é medida que se impõe. Ex positis, PROVEJO o agravo e determino a conversão em recurso extraordinário para melhor exame da matéria. À Secretaria para a

reautuação do feito. Publique-se. Brasília, 04 de setembro de 2014. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente. (BRASIL, 2014).

Segundo Carvalho Filho (2010), existem situações em que há necessidade de o Poder Público exercer o poder de polícia na sua modalidade fiscalizatória. Assim, atribui a particulares, através de contratos, a fiscalização realizada através de máquinas, a exemplo dos aeroportos, onde é feita triagem para detectar se está sendo transportado algum proibido. No entanto, nessa situação não há delegação do poder de polícia, pois a tarefa executada pelo particular é apenas operacional.

Em respeito ao que foi analisado, verifica-se haver divergências entre a doutrina e a jurisprudência, no que tange a delegação do poder de polícia às entidades integrantes da Administração Pública indireta, especificamente às pessoas jurídicas de direito privado, afetando as empresas públicas, sociedades de economia mista e as fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado. (ALEXANDRINO; PAULO, 2013).

À luz de outro cenário, podemos dizer que é pacífico o entendimento que cerca a delegação do poder de polícia às pessoas jurídicas de direito público da Administração Pública indireta, ou seja, as autarquias e fundações públicas com personalidade jurídica de direito público. Neste sentido Carvalho Filho diz:

Não é possível lhes atribuir, entretanto, a tarefa de editar leis, por exemplo, mas são permitidas as outras fases do ciclo de polícia, inclusive a aplicação de sanção de polícia, elucidam os autores. Outro fato contraditório surgiu quando da instituição da Guarda Municipal, sob a forma de empresa pública, pelo Município do Rio de Janeiro. A contratada era pessoa jurídica de direito privado e o quadro de servidores subordinados ao regime celetista. A discussão permeou a validade da aplicação de multas pela Guarda Municipal, uma vez que, por ser empresa pública, estaria impossibilitada de exercer o poder de polícia, restando nulas as multas efetivadas. No entanto, houve extinção da empresa pública através da lei Complementar nº 100 do Município do Rio de Janeiro em 15 de outubro de 2009, e foi criada a Guarda Municipal sob a forma de autarquia. (CARVALHO FILHO, 2010).

Conforme entendimento de Scatolino e Trindade (2016), não há na CRFB dispositivo que vede o exercício do poder de polícia por pessoas jurídicas de direito privado, desde que sob a forma de fiscalização. O art. 280, § 4º do CTB permite que a lavratura do auto de infração seja feita por policial militar ou servidor civil, seja

estatutário ou celetista, tornando, portanto válidos seus atos fiscalizatórios. No mesmo sentido, atos de consentimento, sanção e regulação não podem ser delegados para pessoas jurídicas de direito privado. No que concerne a atos de fiscalização, estes poderão ser exercidos desde que o particular esteja habilitado para o exercício do poder de polícia na forma fiscalizatória. No entanto, os atos de consentimento do Estado, como licenças, deverão ser executados por pessoas jurídicas de direito público.

Para o exercício do poder de polícia por empresas públicas de direito privado, existem alguns requisitos que devem estar presentes, a pessoa jurídica deverá fazer parte da Administração Pública indireta; a delegação do exercício do poder de polícia deverá estar prevista em lei; por último o poder de polícia deverá ficar restrito a atos de fiscalização. (SCATOLINO; TRINDADE, 2016).

Ocorrem divergências também no que se refere à delegação do poder de polícia para as sociedades de economia mista e empresas públicas. Ambas as entidades possuem personalidade jurídica de direito privado e compõem a estrutura da Administração Pública indireta, bem como as prestadoras de serviços públicos. Entretanto, embora sejam pessoas jurídicas de direito privado, não são consideradas particulares. (MAFFINI, 2013).

O STJ por sua vez já se posicionou pela possibilidade de delegação da fiscalização e do consentimento de polícia para empresas públicas e sociedade de economia mista. No caso, a Corte reconheceu a possibilidade de exercício da fiscalização de trânsito, mas não a imposição de sanções, pela empresa de transporte e trânsito de Belo Horizonte (BHTRANS). (OLIVEIRA, 2018).

Quanto à aplicação de multa pela sociedade de economia mista, o autor esclarece que o STJ adota o entendimento da impossibilidade.

RE nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 817.534 - MG (2006/0025288-1)
RECORRENTE : EMPRESA DE TRANSPORTE E TRÂNSITO DE BELO
HORIZONTE - BHTRANS ADVOGADOS : CRISTIANO REIS GIULIANI
EDUARDO AUGUSTO VIEIRA DE CARVALHO E OUTRO (S) PROCURADORAS :
DAYSE MARIA ANDRADE ALENCAR MARIA DE FATIMA MESQUITA DE
ARAÚJO RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADOR :
AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS DECISÃO Cuida-se de recurso
extraordinário interposto pela EMPRESA DE TRANSPORTES E TRÂNSITO DE
BELO HORIZONTE - BHTRANS, com fundamento no art. 102, inciso III,

alínea a, da Constituição Federal, contra v. acórdão da e. Segunda Turma, cuja ementa ficou assim definida: "ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Antes de adentrar o mérito da controvérsia, convém afastar a preliminar de conhecimento levantada pela parte recorrida. Embora o fundamento da origem tenha sido a lei local, não há dúvidas que a tese sustentada pelo recorrente em sede de especial (delegação de poder de polícia) é retirada, quando o assunto é trânsito, dos dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro arrolados pelo recorrente (arts. 21 e 24), na medida em que estes artigos tratam da competência dos órgãos de trânsito. O enfrentamento da tese pela instância ordinária também tem por consequência o cumprimento do requisito do prequestionamento. 2. No que tange ao mérito, convém assinalar que, em sentido amplo, poder de polícia pode ser conceituado como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público. A controvérsia em debate é a possibilidade de exercício do poder de polícia por particulares (no caso, aplicação de multas de trânsito por sociedade de economia mista). 3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupo, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção. 4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção). 5. Somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público. 6. No que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro - aplicação de multas para aumentar a arrecadação. 7. Recurso especial provido. (Fl. 559). Opostos embargos de declaração, o recurso integrativo foi parcialmente acolhido (fls. 608/620). Após defender a existência de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso, a recorrente alega em preliminar a violação pelo v. acórdão impugnado ao disposto nos arts. 5º, inciso XXXV, 93, inciso IX, e 102, inciso III, alínea d, todos da Constituição Federal. Sustenta que, não obstante a oposição de embargos de declaração (itens 32 e 36 dos embargos), o e. STJ não teria se pronunciado sobre o fato de não haver particulares entre os acionistas da BHTRANS, configurando-se, assim, negativa de prestação jurisdicional. Ainda relacionado às preliminares, a recorrente diz que houve usurpação de competência por parte do e. STJ, eis que o e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais teria julgado válida a delegação da atividade de controle de trânsito à BHTRANS com base em lei ordinária municipal, e conclui: "Ocorre que, a análise de compatibilidade (conflito) entre lei local e lei federal infraconstitucional, com todo o respeito, escapa ao âmbito de julgamento do Superior Tribunal de Justiça. Nos moldes em que dispõe o art. 102, III, 'd' da CF/88 (acrescido pela EC nº 45/2004), tal competência é atribuída ao Supremo Tribunal Federal, em caráter exclusivo, em sede de recurso extraordinário. Nesse contexto, diante do julgamento levado a efeito na Corte de Minas Gerais - assentando a validade da lei local (Lei Municipal nº 5.953/91) - o conflito existente entre a lei Municipal contestada em face do Código de Trânsito Brasileiro (arts. 21 e 24) não poderia ser dirimido em sede de recurso especial." (Fls. 638/640). No mérito, a recorrente alega a violação pelo v. acórdão recorrido ao disposto nos arts. 30, incisos I e V, 37,

caput e inciso XIX, e 175, todos da Constituição Federal. Aduz a possibilidade de delegação de execução de serviço público, aí incluída a atividade de controle de trânsito, à sociedade de economia mista e que essa delegação, operada pela via legal, consubstancia regular exercício da competência legislativa municipal. Contrarrazões às fls. 660/667. Decido. Presentes os pressupostos de admissibilidade, admito o recurso extraordinário. Remetam-se os autos ao c. Supremo Tribunal Federal. P. e I. Brasília (DF), 21 de outubro de 2010. MINISTRO FELIX FISCHER Vice-Presidente. (BRASIL, 2010).

Em seu artigo Mezzomo (2014) nos diz que:

Já no julgamento da cautelar da ADIn no 2.310, o Supremo examinou a lei que trata dos agentes públicos de agências reguladoras (Lei no 9.985/2000), e ali se posicionou contrário à contratação de servidores em regime celetista. De acordo com o ministro Marco Aurélio, relator, prescindir, no caso, da ocupação de cargos públicos, com os direitos e garantias a eles inerentes, é adotar flexibilidade incompatível com a natureza dos serviços a serem prestados, igualizando os servidores das agências a prestadores de serviços subalternos, dos quais não se exige, até mesmo, escolaridade maior, como são serventes, artífices, mecânicos, entre outros. Atente-se para as espécies. Está-se diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público (...). Em suma, não se coaduna com os objetivos precípuos das agências reguladoras, verdadeiras autarquias, embora de caráter especial, a flexibilidade inerente aos empregos públicos, impondo-se a adoção da regra que é revelada pelo regime de cargo público, tal como ocorre em relação a outras atividades fiscalizadoras — fiscais do trabalho, de renda, servidores do Banco Central, dos Tribunais de Contas etc. (MEZZOMO, 2014).

4 PROJETO DE LEI 280/2017 QUE AUTORIZA A DELEGAÇÃO AO PARTICULAR DO PODER DE POLÍCIA

Este Projeto de Lei busca estabelecer requisitos e diretrizes para que se possa delegar, no âmbito da Administração Pública Federal, o serviço de fiscalização administrativa por particulares. Trata-se da seguinte forma:

Art. 2º Para os fins desta Lei considera-se:

I – delegação do serviço público de fiscalização administrativa a particular: transferência a pessoa jurídica não estatal, de direito privado, mediante autorização legal específica, do exercício de atividade de licenciamento, de vigilância ou sancionatória, mantida a titularidade estatal e preservado o regime jurídico de direito público, tendo em vista o interesse público disposto em lei;

II – poder delegante: a União, ou autarquia federal, sempre que promover a delegação do serviço público de fiscalização administrativa a particulares;

III – agente delegado: pessoa jurídica não estatal, de direito privado, a quem seja delegado serviço público de fiscalização administrativa em setor específico;

IV – atividade de licenciamento: realização de processos administrativos e edição de atos administrativos, previstos em lei em razão do interesse público, destinados a expedir licenças, autorizações, certificações ou atos equivalentes, quanto a produtos, empreendimentos ou atividades;

V – atividade fiscalizatória: medidas que verifiquem a correta ou incorreta atuação daqueles que se submetem às normas legais ou regulamentares de regulação, em relação a fatos já ocorridos, sem espaço para juízo discricionário;

VI – atividade sancionatória: imposição de determinada consequência desfavorável, prevista em lei, a alguém em razão do cometimento de ilícito administrativo, sem espaço para juízo discricionário.

Entretanto, o art. 3º estabelece a vedação da delegação de serviço público de fiscalização administrativa a particular:

Art. 3º É vedada a delegação de serviço público de fiscalização administrativa a particular:

I – sem lei específica para cada setor, que autorize e fixe seus termos;

II – nas hipóteses em que lei expressamente houver previsto a indelegabilidade.

Parágrafo único. A edição de normas regulatórias ou técnicas sobre as atividades fiscalizadas é insuscetível de delegação a concessionária de serviço público de fiscalização, devendo sua adoção ficar a cargo da entidade delegante, nos termos da lei, podendo o agente delegado cooperar com as providências materiais e os estudos técnicos envolvidos.

Art. 4º Os atos do agente delegado, no exercício do serviço público de fiscalização administrativa, sujeitar-se-ão ao acompanhamento pelo poder delegante, com cooperação dos cidadãos.

Parágrafo único. A lei específica, o regulamento e, quando for o caso, os contratos de concessão estabelecerão os parâmetros de controle dos atos do agente delegado e as sanções a ele aplicáveis nos casos de desvio no exercício da delegação, cabendo ao regulamento e ao contrato estabelecer os indicadores para avaliação do desenvolvimento da atividade delegada.

De acordo com o art. 5º do referido Projeto de Lei, o agente delegado deve adotar, no exercício do serviço público de fiscalização administrativa delegado, o devido processo administrativo, nos termos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Art. 5º O agente delegado deve adotar, no exercício do serviço público de fiscalização administrativa delegado, o devido processo administrativo, nos termos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

§ 1º O agente delegado deverá manter infraestrutura para receber e processar as reclamações dos cidadãos e decidir com imparcialidade e em tempo razoável.

§ 2º É garantido a todo cidadão o direito a contestar decisão de agente delegado, em recurso ao órgão ou entidade da Administração Pública encarregado da fiscalização de suas atividades.

Art. 6º Ressalvados os casos em que a lei diretamente designe como agente delegado entidade de classe, ou atribua essa qualidade a todos os integrantes de categoria econômica ou profissional, a delegação do serviço público de fiscalização administrativa dependerá de contrato de concessão de serviço público, nos regimes de concessão comum, administrativa ou patrocinada, conforme o caso, e será precedida de licitação, nos termos da legislação própria e em que se observem os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

Parágrafo único. O instrumento convocatório da licitação prevista no caput deverá fixar, de forma objetiva, os requisitos técnicos para participação no certame, os seus critérios de julgamento e a forma de remuneração do agente delegado.

Art. 7º Nos casos em que a delegação legal direta a entidade de classe ou a todos os integrantes de categoria econômica ou profissional autorizar o delegado a adotar normas técnicas a serem observadas pelos agentes sujeitos à sua fiscalização, o delegado terá o dever de observar os limites da lei e de assegurar, por meio de consulta ou audiência pública, oportunidade de participação aos potenciais interessados.

§ 1º A adoção das normas técnicas será motivada, levando em consideração os argumentos e aspectos técnicos apontados pelos participantes da consulta ou audiência pública previstos no caput.

§ 2º O controle administrativo e jurisdicional sobre decisão técnica de agente delegado incidirá sobre eventual desvio de finalidade, pelo exame da motivação técnica que a fundamentou.

Art. 8º A lei que autorizar a delegação a particular de serviço público de fiscalização administrativa deverá regular especificamente o processo administrativo correspondente, garantindo os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Art. 9º O exercício de atividade sancionatória por agente delegado de serviço público de fiscalização administrativa tem caráter estritamente vinculado, em observância ao devido processo administrativo. § 1º A decisão do agente delegado em atividade sancionatória deverá ser motivada, apresentando o relato completo das ponderações de todos os envolvidos e a respectiva fundamentação técnica, embasada em razões de fato e de direito, que refute ou acolha tais manifestações. § 2º Na hipótese de resistência ao cumprimento de sanção, o agente delegado poderá requerer força policial.

Art. 10. Os agentes delegados, no exercício da delegação do de serviço público de fiscalização administrativa, responderão objetivamente pelos danos causados a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Parágrafo único. O poder delegante tem responsabilidade subsidiária pelos danos previstos no caput.

Art. 11. O agente delegado subordina-se à legislação que regula o acesso dos cidadãos às informações públicas, particularmente à Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. (BRASIL, 2017).

Buscando maior eficiência e com o objetivo de dar possibilidades para que a Administração Pública possa contar com parceiros privados, no exercício do poder de fiscalização nos diversos setores estatais, o Excelentíssimo senador defende em sua página virtual que este projeto nos possibilitará ter mais fiscais, mais eficiência, e melhor prestação de serviço ao cidadão, vejamos:

O Senador Antônio Anastásia apresentou em 17 de agosto do ano de 2017 um Projeto de Lei (PLS 280/2017) que define diretrizes e requisitos para a delegação do serviço público de fiscalização administrativa a particulares.

Na prática, a proposta tem como objetivo possibilitar que a Administração Pública possa contar com parcerias privadas para exercer o poder de fiscalização nos mais diversos setores estatais. Para cada setor que o poder público prever a delegação será necessária lei específica.

Sabemos que hoje há uma grande dificuldade para contratar e manter equipes de fiscalização nas mais diversas áreas. Por isso mesmo, alguns serviços públicos acabam sendo mal prestados. "Com esse projeto, por meio da parceria com o setor privado, poderemos ter mais fiscais, mais eficiência e melhor prestação de serviço ao cidadão", afirma Anastásia.

Com o Projeto de Lei, Anastásia pretende enfrentar o problema da falta de pessoal e da qualidade deficitária na fiscalização. Segundo o projeto, a empresa ou entidade que realizar a atividade por delegação da administração pública se sujeitará ao acompanhamento pelo próprio Estado, com a cooperação dos cidadãos. Além disso, o contrato de concessão estabelecerá os parâmetros de controle dos atos da empresa e as sanções aplicáveis nos casos de desvio no exercício da delegação, cabendo ao regulamento e ao contrato estabelecer os indicadores para avaliação do desenvolvimento da atividade a ser delegada.

A decisão do agente delegado que determinar uma sanção, deverá ser motivada, apresentando o relato completo das ponderações de todos os envolvidos e a respectiva fundamentação técnica, embasada em razões de fato e de direito. Além disso, o agente delegado terá que manter infraestrutura para receber e processar as reclamações dos cidadãos e decidir com imparcialidade e em tempo razoável. A decisão do agente poderá ser contestada por qualquer cidadão perante a administração pública.

A administração pública tem muito a ganhar em termos de racionalização e eficiência com a regulação das possibilidades de delegação. Em uma área conexas, a prestação de serviços públicos, a participação da iniciativa privada, por meio dos institutos da permissão e da concessão, vem trazendo ganhos expressivos à sociedade, ao permitir uma expansão da capacidade de atuação do Estado. Acreditamos que, com a devida regulamentação, a delegação de fiscalização administrativa a particulares pode trazer "benefícios similares", afirma Anastásia. (BRASIL, 2017).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste trabalho foi especificado o conceito de poder de polícia administrativa, seus atributos e finalmente, a possibilidade de delegação.

Concluiu-se que as correntes doutrinárias não são favoráveis à delegação do poder de polícia a particulares. Isso porque a doutrina entende que essa delegação não é possível, quando há fins lucrativos.

De fato, pode-se afirmar que o poder de polícia é função típica do Estado, logo, atividade exclusiva, composta por um conjunto de atributos, que decorrem da própria essência estatal, na qual busca a paz e o bem-estar social, através da convivência em sociedade.

No tocante à possibilidade do exercício do poder de polícia por particulares, esta matéria já foi tratada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e consolidou-se o

entendimento de que não é permitido transferir o exercício do poder de polícia para pessoas jurídicas que não integram a Administração Pública, diante das suas peculiaridades.

É importante frisar que o Projeto de Lei (PLS 280/2017) estabelece como exigência fundamental a necessidade de previsão em lei específica para a delegabilidade do serviço público de fiscalização administrativa no que diz respeito a cada setor específico, estabelecendo parâmetros gerais de controle dos atos do agente delegado. É necessário ainda que seja fixado, na lei específica, requisito de qualidade no desenvolvimento da atividade, bem como a obrigatoriedade de o agente delegado adotar o devido processo administrativo no exercício da atividade que lhe foi transferida.

Devido ao fato de não encontrar amparo, tanto na doutrina, como nos Tribunais, vislumbra-se que o Projeto de Lei 280/2017 não deva ser aprovado na CCJ diante de sua latente inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21. ed. São Paulo: Método, 2013.

ASSESSORIA DE IMPRENSA DO SENADOR ANTONIO ANASTASIA. **Buscando a melhoria dos serviços públicos, Anastasia apresenta projeto que prevê parceria privada para fiscalização**. PSDB: MG, 17 ago. 2017. Disponível em: <http://psdb-mg.org.br/noticias/buscando-a-melhoria-dos-servicos-publicos-anastasia-apresenta-projeto-que-preve-parceria-privada-para-fiscalizacao/>. Acesso em: 8 nov. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 280, de 2017**. Estabelece diretrizes e requisitos para a delegação, no âmbito da Administração Pública Federal, do serviço público de fiscalização administrativa a particulares. Autoria: Senador Antonio Anastasia (PSDB/MG). Brasília, DF: Congresso Nacional: Senado Federal, 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7108860&ts=1567527174552&disposition=inline>. Acesso em: 13 nov. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, [1966]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 8 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 637.539/RJ.** Direito Administrativo e outras matérias de direito público. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrido: Danielle Martins Ferreira Rezende. Relator: Min. Marco Aurélio, 23 de março de 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4050609>. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 662.186/MG.** Direito Constitucional e Administrativo. Aplicação de multa de trânsito por sociedade de economia mista. Poder de polícia. Delegação dos atos de fiscalização e sanção a pessoa jurídica de Direito Privado. Recorrente: Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A – BHTRANS. Recorrido: Maria da Conceição Baltazar de Almeida. Relator: Min. Luiz Fux, 9 de março de 2012. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2741847>. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 662.186/MG.** Recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Aplicação de multa de trânsito por sociedade de economia mista. Poder de polícia. Delegação dos atos de fiscalização e sanção a pessoa jurídica de direito privado. Agravo provido para melhor exame do recurso extraordinário. Recorrente: Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A – BHTRANS. Recorrido: Maria da Conceição Baltazar de Almeida. Relator: Min. Luiz Fux, 4 de setembro de 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4162202>. Acesso em: 26 out. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 817.534/MG.** Administrativo. Poder de polícia. Trânsito. Sanção pecuniária aplicada por sociedade de economia mista. Impossibilidade. Recorrente: Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A – BHTRANS. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Felix Fischer, 28 de outubro de 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17016536/recurso-extraordinario-peticao-d-e-recurso-especial-re-nos-edcl-no-resp-817534> . Acesso em: 6 nov. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GONÇALVES, Leonardo de Mello. **Limites da autoexecutoriedade do poder de polícia**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. Disponível em:
<https://leto.pucsp.br/bitstream/handle/8980/1/Leonardo%20de%20Mello%20Goncalves.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2020.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MEZZOMO, Renato Ismael Ferreira. Transferência do poder de polícia às entidades privadas da Administração Pública segundo os Tribunais Superiores. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4053, 6 ago. 2014. Disponível em:
<https://jus.com.br/artigos/29130/transferencia-do-poder-de-policia-as-entidades-privadas-da-administracao-publica-segundo-os-tribunais-superiores>. Acesso em: 8 nov. 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OLIVEIRA, Eduardo Antunes. **O poder de polícia administrativa e a sua delegação**. 2012. 73 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em:
<https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/139430>. Acesso em: 19 mar. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROSSI, Lícínia. **Manual de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

<https://doi.org/10.30749/2674-9734.v2n0a484>

DIREITO À CIDADE E À MORADIA: O VÁCUO ENTRE A LEI E A REALIDADE

THE RIGHT TO THE CITY AND HOUSING: THE GAP BETWEEN THE LAW AND REALITY

Mário Luiz da Silva¹
Patrícia Maria Dusek²
Maria Geralda de Miranda³

Resumo: Evocando as ideias do filósofo francês Henri Lefebvre acerca do conceito de “direito à cidade”, que engloba uma série de outros direitos que dariam aos cidadãos um espaço de vida mais adequado à dignidade humana, este artigo pretende abordar a questão da moradia, hoje elevada à condição de direito fundamental. Pretende também falar dos efeitos da migração interna nos grandes centros urbanos, dos conceitos e alguns princípios norteadores das políticas públicas, com foco no problema “moradia adequada”, e de como tais noções teóricas podem ajudar a jogar luz sobre os resultados de algumas práticas já implementadas na área, notadamente quanto ao Programa Minha Casa, Minha Vida, questionando se isso tem ajudado a tornar efetivo tudo o que vem sendo consagrado pela legislação brasileira relacionada aos problemas habitacionais, urbanísticos e sociais.

Palavras-chave: Direitos. Cidade. Políticas Públicas. Moradia. Legislação. Cidadania.

Abstract: Evoking the ideas of the French philosopher Henri Lefebvre about the concept of “right to the city”, which embraces many other rights that are responsible for giving the citizens a more adequate space to human dignity, this article intends to approach the housing issue, nowadays raised to the status of fundamental right. It also intends to discuss the effects of internal migration in major urban centers and the concepts and some principles guiding of public policies focused on the issue “adequate housing”, and how this theoretical notions can help to understand the results of some practices already implemented in this area, notably about the

¹ Bacharel em Direito pela UGF; pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela UNESA. Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM. E-mail: skilerd7@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6698-2690>

² Pós-doutora em Justiça Constitucional pela Università di Pisa. Coordenadora e Pesquisadora do Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM, Rio de Janeiro, RJ. E-mail: patricia.dusek@unisuum.edu.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3911-6943>

³ Pós-doutora em Políticas Públicas e Formação Humana pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisadora do Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM, Rio de Janeiro, RJ. E-mail: mgeraldamiranda@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2461-7414>

*DIREITO À CIDADE E À MORADIA: O VÁCUO
ENTRE A LEI E A REALIDADE*

*Mário Luiz da Silva
Patrícia Maria Dusek
Maria Geralda de Miranda*

Program "Minha Casa, Minha Vida", wondering if this is helping to make effective everything that's being established by Brazilian legislation concerning housing, social and urban development problems.

Keywords: Rights. City. Public Policy. Housing. Legislation. Citizenship.

Recebido em: 05/11/2020
Aceito para publicação em: 22/09/2021

1 INTRODUÇÃO

Ao contrário de significar um conjunto de quimeras filosóficas, apartadas da realidade, o ideário que sustenta os conceitos sobre o direito à cidade pode ser considerado como um elenco de propostas concretas e voltadas à conquista de uma vida melhor para as pessoas, a partir da construção de um ambiente mais humanizado, onde sejam priorizados os anseios e necessidades reais de seus habitantes.

Não sendo possível falar em humanização sem tratar do oferecimento de moradias dignas aos cidadãos, surge a importância de que seja analisada a transformação dos princípios informadores do direito à cidade em comandos normativos, bem como da eficácia das ações e políticas públicas destinadas a garantir esse direito essencial: morar com dignidade.

Passando por uma visão sobre déficit habitacional, êxodo rural e impacto da migração na realidade das cidades, além da abordagem de conceitos e alguns princípios informadores das políticas públicas, busca-se aqui definir se os avanços legislativos dirigidos à matéria estão conseguindo dar efetividade às garantias assinaladas nos textos das leis, ou seja, verificar se a consagração legal do direito à cidade e o reconhecimento da habitação como direito fundamental estão transformando os nossos territórios, sejam na cidade ou no campo, em lugares para se viver melhor.

2 O DIREITO À CIDADE

A noção de Direito à Cidade tem por base uma série de postulados filosóficos do francês Henri Lefebvre que, em sua obra, *Le Droit à La Ville* ("O Direito à Cidade"), de 1967, defendia, em linhas gerais, a conquista de uma série de condições que direcionassem aos cidadãos possibilidades de viver em condições dignas e saudáveis. Leciona Lefebvre, citado por Harvey (2014, p. 11) que

(...) Esse direito (...) era, ao mesmo tempo, uma queixa e uma exigência. A queixa era uma resposta à dor existencial de uma crise devastadora da vida cotidiana na cidade. A exigência era, na verdade, uma ordem para encarar

a crise nos olhos e criar uma vida urbana alternativa que fosse menos alienada, mais significativa e divertida (...) (LEFEBVRE, 1967 apud HARVEY, 2014, p. 11).

Mais adiante, David Harvey afirma que "(...) as ideias de Lefebvre surgiram basicamente das ruas e bairros de cidades doentes. Desse modo (...) os movimentos pelo direito à cidade encontram-se em plena atividade em dezenas de cidades de todo o mundo" (HARVEY, 2014, p. 15) e conclui, definindo o direito à cidade como "(...) muito mais do que um direito de acesso individual ou grupal aos recursos que a cidade incorpora: é um direito de mudar a reinventar a cidade mais de acordo com nossos mais profundos desejos (...) " (HARVEY, 2014, p. 28).

Em seu trabalho intitulado "Direito à Cidade, Cidades Para Todos e Estrutura Sociocultural Urbana", Roberta Amanajás e Letícia Klug (2018, p. 29) pontificam que

(...) O direito à cidade é um direito difuso e coletivo, de natureza indivisível, de que são titulares todos os habitantes da cidade, das gerações presentes e futuras. Direito de habitar, usar e participar da produção de cidades justas, inclusivas, democráticas e sustentáveis. A interpretação do direito à cidade deve ocorrer à luz da garantia e da promoção dos direitos humanos, compreendendo os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais reconhecidos internacionalmente a todos.

Observa-se nesta definição o destaque à questão da moradia, do direito à habitação, por nós considerado como um fundamental indicador da existência (ou não) do oferecimento efetivo de cidadania e justiça social às populações.

Dessa forma, é permitido chegar à conclusão de que o direito à cidade não se trata de uma abstração, mas sim de um conjunto de ideias concretas, que servem de base para a compreensão da questão das desigualdades sociais, através do que se buscará a construção de ferramentas garantidoras de uma forma de vida com mais humanidade.

3 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E O DIREITO À CIDADE

Corroborando para a afirmativa de Harvey quanto à plena atividade dos movimentos pelo direito à cidade em vários lugares pelo mundo, há em nosso país,

que a Constituição da República vigente representou um passo significativo para o reconhecimento do direito à cidade. Em trabalho elaborado pelo IPEA, em 2016, e organizado por Marco Aurélio Costa, denominado "O Estatuto da Cidade e a Habitat III: um Balanço de Quinze Anos da Política Urbana no Brasil a Nova Agenda Urbana", os colaboradores Barbara O. Marguti e Ernesto P. Galindo, em artigo construído juntamente com o organizador, lembram que

(...) a sistematização das concepções de uma nova cidade idealizada se deu através da Proposta de Emenda Popular pela reforma Urbana, de 1987, que decorreu dos movimentos populares, organizações não governamentais, grupos religiosos, universidade, organizações políticas e associações profissionais, reunidos em torno da plataforma pela reforma urbana (Fórum Nacional da Reforma Urbana). (COSTA; MARGUTI; GALINDO, 2016, p. 15).

Todos os direitos mencionados nos artigos 1º e 2º da citada proposta foram devidamente consagrados em nossa Carta Magna (artigos 182 e 183) e posteriormente ratificados com sua regulamentação pelo Estatuto das Cidades (artigo 2º e incisos), a seguir (BRASIL, 2009).

A leitura de Carta Magna do Brasil, mais especificamente do Título VII e seu Capítulo II, que tratam da Ordem Econômica e Financeira e da Política Urbana, permite identificar vários assuntos ligados ao tema, como o Artigo 182, que versa sobre a política de desenvolvimento urbano, outorgada aos municípios, firmando como meta principal o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar dos habitantes. Trata, ainda, dos planos diretores e da função social da propriedade (§§ 1º e 2º). Também os Artigos 183 e 225 são vinculados à questão, visto que disciplinam, respectivamente o usucapião urbano e o direito geral ao meio ambiente equilibrado (BRASIL, 1988).

Na mesma esteira, surge em 2001 o Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257), que se trata de um conjunto de normas de regulação geral, posto que a cada município foi outorgada a atribuição de efetivar as normativas de acordo com suas realidades específicas. O Estatuto veio regulamentando o texto constitucional e trazendo uma gama de temas preconizados no ideário de Lefebvre, podendo ser destacados, em seu Artigo 2º, a sustentabilidade (inc. I), aqui afirmando que as cidades sustentáveis

incluem direitos diversos, como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, transporte, serviços públicos, trabalho e lazer, com foco nas gerações presentes e, também, nas futuras (BRASIL, 2009).

Conveniente extrair deste texto legal as preocupações com o acesso à terra urbana e com a moradia, visto que a falta de políticas públicas adequadas e efetivamente voltadas aos interesses primordiais das populações menos favorecidas tem gerado efeitos deletérios a todos os cidadãos, sejam aqueles que não têm onde morar (ou moram em condições sub-humanas), sejam aqueles que, ainda que bem instalados, terão de suportar as consequências da busca pela moradia pelos necessitados, francamente tendente a causar danos urbanísticos e/ou ambientais (desmatamento, construções irregulares, esgotamento sanitário precário etc.). O dispositivo também menciona a gestão democrática pela participação popular (inc. II), distorções do crescimento urbano e efeitos negativos sobre o meio ambiente (inc. IV), e a oferta de equipamentos, transporte e serviços adequados aos interesses e necessidades da população (inc. V).

Importante, assim, pontuar a observação de Costa, ao afirmar:

O Estatuto das Cidades é, em si mesmo, a consolidação do processo que busca conferir o direito da cidade à população brasileira, não se restringindo à sua porção urbana, mas cobrindo, ainda que em distintas perspectivas, a população de cada um dos municípios brasileiros. É, como dito anteriormente, o resultado das lutas dos movimentos sociais urbanos organizados em torno da bandeira pela reforma urbana, sobretudo daqueles que se insurgem-na defesa pela moradia adequada, esta entendida para além da casa em si, mas também como um direito humano e fundamental – reconhecido desde 1948 (a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos) –, trazendo em seu bojo uma série de outros direitos que se interconectam ao direito à cidade, como a segurança da posse, a disponibilidade de serviços de infraestrutura e equipamentos públicos, a habitabilidade e a localização adequada (COSTA, 2016, p. 15).

É lícito destacar a visão de que, embora a nossa Carta Magna mencione de forma expressa normas de “ordenamento urbano” e sendo o Estatuto das Cidades o instrumento para regulamentação de tais normas, a preocupação não se prende apenas aos espaços urbanos, entendidos como territórios das cidades e contrapondo-se aos territórios rurais. Direito à cidade e, por conseguinte, à moradia,

se refere à dignidade “de vida” e “devida” a todo cidadão, a cada “Zé” presente em qualquer parte do nosso chamado “país continental”, respeitadas as peculiaridades de cada local. A desatenção a um espaço determinado sempre carregará a tendência de criar consequências desastrosas para todos os demais espaços e, portanto, a busca de soluções deve ser estabelecida com base na integração e interação de todos os atores, direta ou indiretamente afetados pelo problema.

4 SOCIEDADE CIVIL, DIREITO À CIDADE E DIREITO À HABITAÇÃO

Como já se vê, o Estatuto das Cidades foi o instrumento pelo qual o legislador infraconstitucional tratou de regulamentar e dar efetividade aos ditames da Constituição, no que se refere às políticas urbanas. O diploma legal, ao disciplinar os planos diretores, conferiu à sociedade civil um papel de destaque na elaboração e controle das políticas públicas, conforme se observa no Artigo 40 e seu § 4º, que possuem o seguinte teor:

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§ 4º. No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

II – a publicidade quantos aos documentos e informações produzidos;

III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos (BRASIL, 2009).

Ainda sobre este tema, Dowbor (2016) menciona em sua obra “O Que é o Poder Local” a experiência da cidade de Grenoble, na França, onde os moradores chamaram para si a organização do espaço de habitação, otimizando suas condições de vida, esclarecendo:

(...) O problema central, portanto, é o da recuperação do controle do cidadão, no seu bairro, na sua comunidade, sobre as formas de seu desenvolvimento, sobre a criação das coisas concretas que levam a que a nossa vida seja agradável ou não (...). (DOWBOR, 2016, p. 9, 11).

A participação da sociedade civil nas discussões e na sedimentação dos princípios informadores do direito à cidade, e de todas as garantias e prerrogativas vinculadas ao conceito, se cristalizam nos fóruns sociais realizados em diversas partes do mundo, onde são discutidos os mais diversos assuntos correlatos à matéria, como a exploração da terra, o acesso à água limpa e a segurança alimentar. A este respeito, merece atenção O Fórum Social Mundial Policêntrico, citado por Costa, composto por eventos realizados em Quito, Equador (Fórum Social das Américas, em 2004), Barcelona, Espanha (Fórum Mundial Urbano, em 2004) e Porto Alegre, Brasil (V Fórum Social Mundial), de onde se extraiu uma nova versão da Carta Mundial Pelo Direito à Cidade (COSTA, 2016, p.13).

Sendo considerada um dos principais documentos de referência ao direito à cidade produzidos em fóruns sociais – Amanajás e Klug mencionam, ainda, a Carta-Agenda Pelos Direitos Humanos nas Cidades e a Carta da Cidade do México Pelo Direito à Cidade, ambas de 2009, além da Carta do Rio de Janeiro Sobre Direito à Cidade, de 2010 (2018, p. 30) –, a Carta Mundial pelo Direito à Cidade, em seu preâmbulo, define como missão estabelecer

(...) compromissos e medidas que devem ser assumidos por toda a sociedade civil, pelos governos locais e nacionais e pelos organismos internacionais para que todas as pessoas vivam com dignidade em nossas cidades” (p.1), e se apresenta como “Um instrumento dirigido a contribuir com as lutas urbanas e com o processo de reconhecimento, no sistema internacional de Direitos Humanos, do direito à cidade...”. Mais adiante afirma que “O direito à cidade democrática, justa, equitativa e sustentável pressupõe o exercício de todos os direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos previstos em pactos e convênios internacionais de Direitos Humanos, por todos os habitantes, tais como... o direito a uma habitação adequada, o direito à saúde, o direito à água, o direito à educação (...) (CARTA MUNDIAL PELO DIREITO À CIDADE, 2005, p. 2-3).

Observa-se nitidamente que a questão da moradia é tida como prioritária no tocante à consecução ou oferecimento de condições adequadas de vida à população. Como já mencionado, o tema é tratado especificamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu Artigo XXV determina que “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e à sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e

serviços sociais indispensáveis...” (ONU, 1948). Assim, foi o direito à habitação elevado à categoria de direito fundamental, essencial à vida humana digna, e o nosso legislador constitucional não fechou os olhos à relevância do tema, estando devidamente inserido no Artigo 6º de nossa Carta Magna, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015, e que assim pontifica:

Art.6º- São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

Tratando-se de um direito e garantia fundamental, o direito à habitação é considerando uma cláusula constitucional pétrea, ou seja, não suscetível de alteração negativa através de processo de emenda, na forma do Artigo 60, § 4º da Constituição da República: “Art. 60- A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) §4º: Não será objeto de deliberação a proposta tendente a abolir: (...) IV- os direitos e garantias individuais.”

Ainda tratando da Carta Mundial pelo Direito à Cidade, esta reserva um capítulo especial para tratar da questão habitacional, versando o Artigo XIV especificamente sobre o direito à moradia. Importante destacar os seguintes compromissos, assumidos pelas cidades signatárias:

(...) medidas para garantir a todos(as) os(as) cidadãos(ãs) que os custos da moradia serão proporcionais à renda de cada cidadão... (item 1); “...facilitar uma oferta adequada de habitação e equipamentos de bairro para todos os(as) cidadãos(ãs) e de garantir às famílias em situação de pobreza planos de financiamento... (item 2). Fala ainda o item 5 que “Todos os cidadãos, em forma individual, casais ou grupos familiares sem lar têm o direito de exigir a provisão imediata pelas autoridades públicas das cidades de habitação suficiente, independente e adequada (...) (CARTA MUNDIAL PELO DIREITO À CIDADE, 2005, p. 11-31).

A sociedade civil e os legisladores, como se vê em muitos casos, já despertaram para a essencialidade do tema “habitação”, dada sua importância para as populações em sua busca por direitos minimamente humanos. Todavia, é possível

vislumbrar ações efetivas das autoridades públicas no sentido de transformar esse direito em realidade?

5 CONCEITOS E PRINCÍPIOS INFORMADORES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS APLICADOS AO PROBLEMA "MORADIA"

O entendimento acerca de um determinado tema pode ser, muitas vezes, facilitado se buscarmos a compreensão sobre seus conceitos e princípios informadores. No tocante às políticas públicas e ao papel do Estado em suas formulações (num enfoque estatista), isso não seria diferente. Em "Análise de Políticas Públicas", Leonardo Secchi informa que a ciência da política pública tem origem no ano de 1951, com a publicação do livro "The Policy Sciences", por David Lerner e Harold D. Lasswell, possuindo lastro em três características originárias: normatividade (por sua lógica vinculação com regras e preceitos imperativos), multidisciplinaridade (por envolver questões de interesse de áreas de conhecimento diversas, como sociologia, direito, economia etc.) e resolução de problemas públicos. Vale observar que o autor aponta para uma mitigação das duas primeiras características nos tempos atuais, uma vez que a normatividade "perdeu espaço para a pesquisa política (...) com viés teórico", enquanto a multidisciplinaridade "(...) também cedeu espaço com a consolidação de um vocabulário próprio (...) e referenciais teórico-metodológicos próprios do campo disciplinar da política pública" (2021, p. 7-9).

Publicado pelo SEBRAE-MG, em 2008, o trabalho "Políticas Públicas – Conceitos e Práticas", coordenado por Ricardo Wahrendorff Caldas (2008, p. 5), aponta que

A função que o Estado desempenha em nossa sociedade sofreu inúmeras transformações ao passar do tempo. Nos séculos XVIII e XIX seu principal objetivo era a segurança pública e a defesa externa em caso de ataque inimigo... Entretanto, com o aprofundamento e expansão da democracia as responsabilidades do Estado se diversificaram. Atualmente é comum se afirmar que a função do Estado é promover o bem-estar da sociedade.... Para atingir resultados em diversas áreas e promover o bem-estar da sociedade, os governos se utilizam das políticas públicas, que podem ser definidas como um

conjunto de ações e decisões de governo, voltadas para a solução (ou não) de problemas da sociedade.

O professor Álvaro Chrispino defende que “o conceito de política pública é resultado de inúmeras variáveis (...) e que seu significado será tão distinto quanto os valores, ideologias, contextos, ética etc. de seu formulador” (2016, p. 17). E preleciona:

(...) se entendermos a política pública como um instrumento político e de governo que pretende atender às necessidades da sociedade, deveremos fechar um interessante e moderno “círculo virtuoso de poder social”: a sociedade democrática... escolhe os dirigentes dos poderes Legislativo e Executivo como seus representantes, e esses produzem políticas públicas que retornam ao cidadão na proteção e execução de seus direitos. (CHRISPINO, 2016, p. 30)

Podemos perceber que, neste campo, alguns fatores são indissociáveis: problema, sociedade e bem-estar. Vale dizer, portanto, que uma política pública efetiva precisará estar voltada à construção do bem-estar através da busca de soluções para um problema que precise ser afastado da vida do cidadão, ou para uma necessidade coletiva que precise ser satisfeita.

Em abordagem precisa, Leonardo Secchi estabelece que o problema público “trata do fim ou da intenção de resolução”, enquanto a política pública trata “do meio ou mecanismo para levar a cabo tal intenção”. E esclarece:

O problema público é um conceito intersubjetivo, ou seja, ele só existe se incomoda uma quantidade ou qualidade considerável de atores... Política pública é um conceito abstrato que se materializa com instrumentos concretos como, por exemplo, leis, programas, campanhas, obras, prestação de serviço, subsídios, impostos e taxas, decisões judiciais, entre muitos outros. O problema público está para a doença, assim como a política pública está para o tratamento... a doença (problema público) precisa ser diagnosticada, para então ser dada uma prescrição médica de tratamento (política pública) (...). (SECCHI, 2021, p. 5)

Conveniente cotejar a questão da moradia e o caráter de intersubjetividade do problema público identificado por Secchi. Numa avaliação aoadada, talvez chegássemos à conclusão de que a habitação não seria um “problema público” se

observássemos tão-somente as dificuldades de determinada pessoa ou grupo familiar para conseguir moradia adequada. Todavia, se faz necessária a compreensão de que uma crise habitacional não atinge apenas quem se encontre diretamente ao desamparo de medidas saneadoras. Consequências deletérias óbvias, como ocupação irregular, insuficiência de saneamento básico e de redes de transporte e saúde, afrontas ambientais e à segurança coletiva, entre outros, afirmam que a questão habitacional atinge a sociedade como um todo, sendo, portanto, um típico caso de problema público a exigir respostas urgentes e efetivas.

6 ÊXODO RURAL, SOBRECARGA NOS GRANDES CENTROS E CRISE HABITACIONAL

Inegavelmente, a moradia é um direito essencial à vida humana. Tal importância se dará tanto no campo quanto nos espaços urbanos, onde a questão ganha contornos dramáticos decorrentes do recebimento de grande número de homens, mulheres e crianças que são expulsos de seus locais de origem por fatores diversos, notadamente em razão à gritante diferença na qualidade de vida entre o campo e as cidades. Daí o êxodo rural ser definido como um “fenômeno social que resulta na migração da população rural para os centros urbanos, com o objetivo de garantir melhores condições de vida” (ÊXODO RURAL, 2020).

Tratando dos diagnósticos do problema público, Secchi afirma que “(...) um problema público que se torna evidente na atualidade é geralmente reflexo do passado” (2021, p. 39). O Censo Demográfico IBGE de 2010 nos trouxe dados de fundamental importância para a reflexão acerca dos impactos do êxodo rural na realidade dos centros urbanos e de todas as consequências deletérias eventualmente decorrentes do fenômeno. A pesquisa mostra que, num período de 40 anos, compreendido entre os anos de 1960 e 2010, a população rural caiu de cerca de 38.900 pessoas para algo em torno de 29.800, representando uma diminuição de cerca de 24 pontos percentuais. Ao mesmo tempo, a população urbana saltou de cerca de 32.000 pessoas para 160.900, ou seja, um aumento aproximado de 500%.

Os números de 1960 indicavam que o ambiente rural representava cerca de 55% da população brasileira, ao passo que a população urbana girava em torno de 44%. Hoje, se têm as áreas rurais ocupadas por cerca de 15% do todo, tendo a população urbana aumentado para aproximadamente 84% de toda a população brasileira (IBGE, 2010).

Em linhas gerais, é possível afirmar que o êxodo rural decorre fundamentalmente de razões socioeconômicas. No caso brasileiro, é de sabedoria geral o elenco de dificuldades a que, por exemplo, as populações das regiões Norte e Nordeste são submetidas. Ali a realidade impõe o predomínio de latifúndios formados com vistas à acumulação de riquezas por parte de castas privilegiadas, levando a grande maioria das populações a condições sub-humanas de vida (ou sobrevida), onde o acesso à terra é dificultado, as condições de trabalho e educação (quando existem) são indignas, restando a penúria como companhia constante. Tudo isso, somado a alguns fenômenos naturais como secas e enchentes, contribui para determinar que boa parte das populações locais compreenda que abandonar a terra natal e buscar outros centros com maior desenvolvimento de atividades econômicas diversas representará o meio mais lógico para o fim de uma vida de privações e miséria, vindo a migração representar um caminho natural para o alcance de uma vida melhor (IBGE, 2010).

Dowbor, tratando da transformação demográfica do país, afirma:

No campo, permanecem os fatores de empobrecimento da população. O Brasil, segundo o IBGE, tem cerca de 370 milhões de hectares de terra "ótima, boa ou regular" para a agricultura. O Censo Agropecuário de 2006 apresenta um total de 355 milhões de hectares de estabelecimentos agrícolas, sendo que 77 milhões apenas são utilizados para a lavoura... Temos, junto com o continente africano, a maior extensão de terra parada ou subutilizada do planeta. E uma massa de pessoas clamando por terra para cultivar (2016, p. 37-38).

E prossegue:

(...) O êxodo rural explode nos centros urbanos e se manifesta em particular nas novas periferias (...) sem que as administrações locais tivessem possibilidade de garantir saneamento, escola e outras infraestruturas (...). Essa urbanização violenta e caótica (...) coloca a administração municipal na

linha de frente da nova geração de problemas econômicos e sociais. A pressão explode nos municípios, enquanto escalões superiores continuam com a sua dramática inoperância (...). (2016, p. 39-41).

Tais reflexões reafirmam a problemática em análise, entendendo o problema e os colapsos gerados a partir dele.

6.1 Os aglomerados subnormais

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no trabalho "Aglomerados Subnormais 2019: Classificação Preliminar e Informações de Saúde para o Enfrentamento à COVID-19", um aglomerado subnormal é

(...) uma forma de ocupação irregular de terrenos de propriedade alheia (pública ou privada) para fins de habitação em áreas urbanas e, em geral, caracterizados por um padrão urbanístico irregular, carência de serviços públicos essenciais e localização em áreas que apresentam restrições à ocupação. No Brasil podem ser conhecidos por diversas denominações: favela, invasão, grota, baixada, comunidade, mocambo, palafita, loteamento, ressaca, vila etc. As denominações e características variam territorialmente. Nessas localidades habitam populações em condições de vulnerabilidade no tocante às condições socioeconômicas, saneamento e habitação. (IBGE, 2020, p. 3).

O estudo apontou que os municípios de São Paulo e do Rio de Janeiro apresentam os maiores números absolutos de domicílios nesta condição, cabendo a São Paulo 529.921 domicílios e ao Rio de Janeiro 453.571 (IBGE, 2020, p. 14). Quando a avaliação se refere às unidades federativas, também São Paulo e Rio de Janeiro se encontram na dianteira, contendo, respectivamente, 1.066.813 e 717.326 domicílios enquadráveis como aglomerados subnormais. Destaque-se que se encontram nestes estados os aglomerados com maior número de unidades, sendo eles a Rocinha e Rio das Pedras (RJ, 1º e 3º colocados com 25.472 e 22.509 domicílios, respectivamente) e Paraisópolis (SP, 4º colocado com 19.262 unidades).

Evocando a definição de êxodo rural supra exposta, resta nítida a influência dos movimentos migratórios para a consecução desses números, haja vista que se refere exatamente às capitais dos centros de maior PIB bruto e, portanto, de maior

desenvolvimento econômico do país, funcionando como óbvios polos de atração para aqueles que buscam a chamada “vida melhor”.

6.2 O “déficit” habitacional

Segundo o dicionário do Programa Nacional de Capacitação das Cidades – CAPACIDADES, do Ministério do Desenvolvimento Regional,

“(...) déficit habitacional” significa “a medida das insuficiências de moradia de uma determinada sociedade. Essas insuficiências não se referem exclusivamente à quantidade de moradias que faltam para abrigar as pessoas, mas também às condições das moradias existentes (BRASIL, 2020).

No tocante ao número de moradias, levantamento realizado em 2019 pela Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (ABRAINC), em parceria com a Fundação Getúlio Vargas (FGV), apontou que o déficit habitacional no país aumentara em 7% entre os anos de 2007 e 2017, representando 7,78 milhões de unidades habitacionais (ABRAINC, 2019).

O trabalho “Demanda Habitacional no Brasil”, publicado pela Caixa Econômica Federal, em 2012, e coordenado por Emmanuel Carlos de Araújo Braz, teve por objetivo a quantificação e qualificação da questão habitacional no país. Ali é evocado o antigo Banco Nacional da Habitação (BNH), afirmando-se:

A política habitacional executada pelo BNH teve por objetivo viabilizar o acesso à moradia aos diferentes estratos sociais, com foco nas famílias de baixa e média renda... A crise econômica iniciada no final dos anos 70 provocou inflação, desemprego, queda dos níveis salariais, o que gerou desequilíbrio no Sistema Financeiro de Habitação... Tal cenário resultou na extinção do BNH... A pressão populacional nos centros urbanos, a crise econômica, o desemprego e o alto custo do solo urbano associados à ausência de política habitacional forçaram as famílias de menor renda a buscar por conta própria alternativas precárias de moradia. Este processo acelerou a favelização, a ocupação irregular da periferia e de áreas de risco, configurando, desta forma, os atuais problemas urbanos brasileiros. (CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, 2012, p. 9).

Importante destacar a ponderação de Liliana Lavoratti em artigo denominado “Direito só no Papel – Falta de Moradia Afeta Milhões de Brasileiros”, publicado na revista *Desafios do Desenvolvimento*, do IPEA (2009), quando afirma:

(...) O direito à moradia está mais do que assegurado no papel ... Entretanto, os avanços ocorridos na legislação de direito à moradia a partir da Constituição de 1988 não se traduziram em avanços concretos nas condições de habitação e acesso a serviços urbanos da população brasileira. (LAVORATTI, 2009, p.1).

Prossegue citando a fala de Maria Piedade Moraes, coordenadora de estudos urbanos do instituto, a qual pontifica:

Os resultados estão aquém do esperado, a começar pelo déficit habitacional estimado em cerca de 7,9 milhões de moradias... Nas zonas urbanas brasileiras ainda há 54,6 milhões de brasileiros que convivem com pelo menos um tipo de inadequação habitacional. (LAVORATTI, 2009, p.1).

No já citado trabalho do IPEA sobre o Estatuto das Cidades e a Habitat III, as pesquisadoras Barbara Marguti e Thêmis Aragão, ao discorrerem sobre habitação e assentamentos precários no Brasil, mencionam que

(...) a transformação do país rural em uma população predominantemente urbana suscitou um debate público que questionava a eficiência das primeiras políticas de produção de moradias promovidas pelos Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs) e pela Fundação Casa Popular (FCP) nas décadas de 1930 e 1940”, mas que “...a agenda da reforma urbana foi interrompida pelo golpe militar de 1964 (...) (ARAGÃO; MARGUTI, 2016, p. 327).

Seguem citando várias passagens em que a atuação dos movimentos populares mereceu destaque na luta pela reforma urbana, como a emenda de reforma urbana dirigida à Constituinte de 1988, a criação do Estatuto das Cidades, a realização da Rio-92, onde foi assinado o “Tratado por Cidades Justas, Democráticas e Sustentáveis”, mas pontuam a derrocada das políticas sociais nas décadas de 1980 e 1990, mostrando que

(...) A ausência de políticas públicas de longo prazo e de programas habitacionais de grande alcance levou parte significativa da população dos grandes centros urbanos do país a viver em assentamentos precários, praticamente a única alternativa possível de acesso à moradia” (p.329). Ainda que citando alguns avanços nas políticas habitacional e urbana a partir do governo instalado em 2002 (p. 330), concluem afirmando que “...a formação de assentamentos precários é consequência da exclusão da população de menor renda do mercado formal... Assim, é esperado um aumento da formação de assentamentos precários, dado que os índices de acessibilidade tendem a piorar, e que a ampliação do crédito tem um limite baseado no Sistema Financeiro de Habitação (SFH), o qual não coincide com a dimensão das necessidades habitacionais do país” (ARAGÃO; MARGUTI, 2016, p. 337).

7 O PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA”: SOLUÇÃO?

Instituído pela Lei 11.977/2009 (alterada pela Lei 12.424/2011) e apresentado pelo Ministério do Desenvolvimento como a “maior iniciativa de acesso à casa própria já criada no Brasil”, O programa Minha Casa, Minha Vida é exemplo de política pública distributiva de acordo com a tipologia de Theodore J. Lowi, citado por Fernando de Souza Coelho, Valdemir Pires e Leonardo Secchi, quando “(...) os benefícios são concentrados para alguns grupos de atores e os custos são difusos para toda a coletividade/contribuintes (...)” (2020, p. 31). O programa tinha como grande proposta propiciar maior acesso à moradia por famílias de baixa renda, o que também traria como efeitos imediatos o aquecimento da economia e o fortalecimento da indústria da construção civil. Diz a Lei:

Art.1º- O Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV tem por finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais) (...).

Segundo dados fornecidos pela Confederação Nacional dos Municípios (CNM), entre 2009 e 2019 o programa contratara cerca de 5,5 milhões de moradias e entregara aproximadamente 4 milhões, consumindo recursos que giravam em torno de 463,7 bilhões de reais oriundos do orçamento da União e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço- FGTS. O estudo aponta, todavia, que o programa atravessa

grave crise, com queda de recursos e obras paralisadas, apresentando dificuldades de operacionalização em mais de 80% dos municípios brasileiros (CNM, 2019).

A pesquisadora Ermínia Maricato, referência nacional em questões de urbanismo e coordenadora da proposta de criação do Ministério das Cidades, aponta problemas graves na execução do programa, notadamente no tocante à falta de gerenciamento efetivo pelo poder público e à falta de sensibilidade quanto às reais necessidades do público destinatário.

Em entrevista concedida ao site BBC News – Brasil em junho de 2018, a professora afirma que

Tivemos um movimento intenso de obras, mas quem o comandou e definiu onde se localizariam não foi o Governo Federal, mas sim interesses de proprietários imobiliários, incorporadores e empreiteiras”. Prossegue destacando que “Conjuntos residenciais do programa erguidos longe dos centros urbanos levarão várias décadas para se integrar às cidades. Esse investimento gigantesco, somado a uma especulação de terras ciclópica, tornou as cidades ainda mais inviáveis no Brasil”, e cita os exemplos de Câmaras Municipais que, visando atrair obras, passaram a estender os limites dos municípios, chegando a incluir fazendas nos perímetros urbanos: “O que acontece nos fins de semana nos conjuntos habitacionais criados nessas áreas? O ônibus não vai, você tem um exílio na periferia... Os novos bairros também são mais difíceis de policiar e vulneráveis ao crime organizado... A cidade segura é compacta, com mix de uso: tem moradia e trabalho, está viva de dia e de noite” (FALLET, 2018).

Ao tratar da necessidade de democratização nos processos de tomada de decisão, com maior participação da população local diretamente interessada nas políticas públicas, Dowbor também exemplifica incorreções no desenvolvimento do Programa Minha Casa, Minha Vida, afirmando que

(...) é necessário um intenso esforço para a abertura de espaços, entretanto, não basta descentralizar recursos para as prefeituras, há uma grande necessidade de controle dos cidadãos sobre a gestão municipal desses recursos. (DOWBOR, 2016, p. 45)

Se pensarmos que o tão citado déficit habitacional se refere a aspectos quantitativos, mas também qualitativos (alusivos à funcionalidade efetiva das unidades habitacionais disponibilizadas), vale evocar o ensinamento de Chrispino, ao

discorrer sobre os elementos constitutivos das políticas públicas transparentes, com destaque para a finalidade. Aponta o mestre que “devemos sempre vincular a política transparente ao interesse público a ser buscado pelo governante. É indispensável que a decisão de fazer explicita a finalidade que busca” (2016, p. 117). Chega-se à conclusão de que, ao menos no aspecto qualitativo do problema habitacional, as políticas implementadas no âmbito do Programa Minha Casa, Minha Vida deixaram de atender a este importante elemento, certamente em razão do que foi identificado pela professora Ermínia Maricato (citada acima), uma vez que as políticas deixaram de considerar aquilo que verdadeiramente representava as carências do público-alvo.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível afirmar que as ideias de Lefebvre não foram abandonadas e que pode vir a ser concretizado o sonho de uma cidade para todos, urbana ou rural, onde viver e sobreviver não sejam expressões sinônimas. Onde a vida represente estar em contato com todos os ingredientes que permitam a fruição de plena cidadania: saúde, educação, trabalho digno, lazer, moradia. Em outras palavras, onde a regra não seja a privação, mas a liberdade.

No aspecto legal, as ferramentas de efetivação do direito à cidade vão sendo paulatinamente estabelecidas, significando notável avanço, mas as necessidades das populações vão muito além da “boa vontade legislativa”. Não se vive em livros, vive-se o dia a dia das ruas, das nossas potencialidades e limitações, exigindo-se que a realidade ideal das normas escritas seja definitivamente transposta para o mundo dos fatos.

Quando se olha o mapa das cidades, percebe-se a presença de senzalas urbanas. O desafio é pensar além da distribuição de renda e do desenvolvimentismo. É necessário pensar na distribuição de cidade, pois uma casinha é muito fácil de se construir (SANTOS, 2017). Não basta que a moradia seja atualmente reconhecida como direito fundamental, essencial à existência humana e iminentemente ligado à dignidade de vida. É preciso avançar, dar praticidade e

eficácia aos discursos, pois a justiça social precisa significar a oferta de vida digna, segura, feliz.

A plenitude do direito à moradia, do acesso à habitação humanizada precisa levar em conta a perspectiva do cidadão, seus anseios e sua visão de mundo melhor. Não se faz política pública desprezando a experiência daqueles que sofrem com os problemas que se pretende resolver. Deve-se aprender com a experiência de Grenoble, citada por Dowbor, mas também com a realidade estampada nos jornais de todo o país, em que imóveis são invadidos por criminosos ou simplesmente não são assumidos por aqueles que deveriam ocupá-los, tudo devido a planejamentos inadequados, muitas vezes ligados a interesses corporativos e divorciados dos verdadeiros anseios da única razão de ser de uma política pública: o cidadão.

O simples fato de ser criada uma unidade habitacional pode representar a redução do déficit pelo aspecto numérico. Mas quando tal imóvel está situado em área remota, afastada dos centros de atividade econômica e social, esta política não estará vinculada a qualquer avanço verdadeiro. Ao contrário, se o tempo de deslocamento entre a casa e o trabalho, por exemplo, vier a proporcionar desconforto e sacrifício, se as cercanias da nova moradia são desprovidas de uma mínima estrutura de serviços (transporte, lazer, educação, saúde), isso representará qualquer coisa, menos uma conquista social.

Chrispino cita com propriedade o escritor inglês Gilbert Keith Chesterton (1874-1936), que pontificou: "Não é que os políticos não vejam a solução. O que eles não enxergam é o problema" (2016, p. 21). Sem buscar a correta compreensão do problema social sob todas as suas vertentes e, principalmente, sem levar em conta a relevância da dimensão humana, do foco no bem-estar do cidadão, estaremos sempre distantes dos motivos legítimos para formulação de políticas públicas.

Vale recordar a tão aplaudida Lei Áurea como um exemplo claro de descompasso entre o problema a ser enfrentado e a finalidade a ser conseguida. Vislumbrou-se a prática escravocrata como "o problema" a ser sanado com a garantia de liberdade disseminada ao povo até então cativo. O que se viu, na

prática, foi que os “efeitos perversos” daquele ato administrativo representaram a outorga, à população negra, da “liberdade” para o exercício de nenhuma cidadania: sem casa, sem trabalho, sem fontes de subsistência, com todas as portas abertas para o nada.

REFERÊNCIAS

AMANAJÁS, R; KLUG, Letícia. Direito à Cidade, Cidades para Todos e Estrutura Sociocultural Urbana. *In*: COSTA, M. A. et al. (org.). **A Nova Agenda Urbana e o Brasil**: insumos para sua construção e desafios a sua implementação. Brasília: IPEA, 2018. Disponível em:

<http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8622/1/Direito%20%C3%A0%20cidade.pdf>. Acesso em: 22 out. 2020.

ARAGÃO, T. A.; MARGUTI, B. O. Habitação e assentamentos precários no Brasil: trajetória e desafios para o alcance da justiça espacial. *In*: COSTA, Marco Aurélio(org.). **O Estatuto da Cidade e a Habitat III**: Um Balanço de Quinze Anos da Política Urbana no Brasil – A Nova Agenda Urbana. Brasília: IPEA, 2016. cap. 13

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS. **Déficit Habitacional é Record no Brasil**. São Paulo: ABRAINC, 2019. Disponível em: <https://www.abrainc.org.br/noticias/2019/01/07/deficit-habitacional-e-recorde-no-pais>. Acesso em: 22 out. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 out. 2020.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. **Déficit habitacional**. Brasília: MDR, 2020. Disponível em: <http://www.capacidades.gov.br/dicionario/index/letra/d>. Acesso em: 22 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009**. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso em: 22 out. 2020.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (Brasil). **Demanda Habitacional no Brasil**. Brasília: Caixa, 2012. Disponível em: https://www.caixa.gov.br/Downloads/habitacao-documentos-gerais/demanda_habitacional.pdf. Acesso em: 22 out. 2020.

CALDAS, R.W. (Coord.) **Políticas Públicas – Conceitos e Práticas**. Belo Horizonte: SEBRAE/MG, 2008.

CARTA mundial pelo direito à cidade. **Fórum Mundial Policêntrico**, 2005. Disponível em: www.direitoambiental.com.br. Acesso em: 22 out. 2020.

CHRISPINO, A. **Introdução ao Estudo das Políticas Públicas: Uma Visão Interdisciplinar e Contextualizada**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2016.

COELHO, F.S.; PIRES, V.; SECCHI, L. **Políticas Públicas: Conceitos, Casos Práticos, Questões de Concursos**. 3. ed. São Paulo: CENGAGE, 2020.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS. CNM faz análise dos 10 anos do Minha Casa, Minha Vida. **Agência CNM de Notícias**, Brasília, 25 mar. 2019. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/cnm-faz-analise-dos-10-anos-do-minha-casa-minha-vida>. Acesso em: 22 out. 2020.

DOWBOR, Ladislau. **O Que é o Poder Local?** Maranhão: Editora Ética, 2016.

ÊXODO rural. *In*: Significados. Matosinhos: 7graus, 2020. Disponível em: <https://www.significados.com.br/exodo-rural/>. Acesso em: 22 out. 2020.

FALLET, J. Minha Casa, Minha Vida piorou a vida nas cidades e alimentou a especulação imobiliária. **BBC Brasil**, São Paulo, 4 jun. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44205520>. Acesso em: 22 out. 2020.

HARVEY, D. **Cidades Rebeldes: Do Direito à Cidade à Revolução Urbana**. Trad. Jefferson Camargo. São Paulo: Editora Martins, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Aglomerados Subnormais 2019: Classificação Preliminar e Informações de Saúde para o Enfrentamento à COVID 19**. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: www.agenciadenoticias.ibge.gov.br. Acesso em: 22 out. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico de 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: www.censo2010.ibge.gov.br. Acesso em: 22 out. 2020.

LAVORATTI, L. Direito só no Papel: Falta de Moradia Afeta Milhões de Brasileiros. **IPEA Desafios do Desenvolvimento**. Brasília, ano 6, n. 51, 07 jun. 2009.

MARGUTI, B. O.; COSTA, M. A.; GALINDO, E. P. A trajetória brasileira em busca do direito à cidade: os quinze anos de estatuto da cidade e as novas perspectivas à luz da nova agenda urbana. *In*: COSTA, Marco Aurélio(org.). **O Estatuto da Cidade e a Habitat III**: Um Balanço de Quinze Anos da Política Urbana no Brasil – A Nova Agenda Urbana. Brasília: IPEA, 2016. p. 11-25. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=28583. Acesso em: 22 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: ONU, 1948. Disponível em: www.unicef.org. Acesso em: 22 out. 2020.

SANTOS, J. V. A Distribuição de Cidade Contra a Senzalização da Metrópole. **IHU on-line**, São Leopoldo, 7 fev. 2017. Disponível em: <https://ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/564621>. Acesso em: 22 out. 2020.

SECCHI, L. **Análise de Políticas Públicas**: Diagnóstico de Problemas, Recomendação de Soluções. São Paulo: CENGAGE, 2021.

**O USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA:
ASPECTOS ÉTICOS E PRÁTICOS**

***THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN LAW FIRMS:
ETHICAL AND PRACTICAL ASPECTS***

Otávio Morato de Andrade¹

Resumo: A inteligência artificial está mudando o panorama da Justiça no Brasil. Enquanto na esfera pública novos algoritmos computacionais ajudam magistrados e servidores a acelerar o trâmite processual, na advocacia os softwares equipados com IA têm facilitado a organização dos procedimentos e até mesmo a elaboração de petições. Esse artigo investiga o alcance das ferramentas de IA disponíveis na advocacia, bem os desdobramentos práticos e éticos da sua implementação. Para tanto, empreendeu-se uma pesquisa exploratória no campo qualitativo, a partir da qual foi aplicada a técnica indutiva. Primeiramente, apresentamos uma revisão dos conceitos fundamentais pertinentes à inteligência artificial. Em uma segunda etapa, descrevemos as aplicações práticas no atual estado da arte que podem ser implementadas no âmbito da advocacia. Em um terceiro momento, abordamos repercussões práticas e questões éticas atinentes à implementação da IA. Conclui-se que a aplicação de ferramentas de IA na advocacia privada acelera trâmites burocráticos, agrega eficiência à rotina dos escritórios e à marcha processual, permite a canalização de recursos para o atendimento personalizado e gera empregos jurídicos relacionados à criação e gerenciamentos de softwares. A adoção de inteligência artificial na prática jurídica deve ser compatibilizada com questões relativas à transparência, privacidade e segurança de dados.

Palavras-chave: Inteligência artificial; automatização; advocacia.

Abstract: Artificial intelligence is changing the landscape of justice in Brazil. While in the public sphere, new computational algorithms help magistrates and civil servants to speed up the procedural process, in law, software equipped with AI has facilitated the organization of procedures and even the elaboration of petitions. This article investigates the range of AI tools available in law, as well as the practical and ethical consequences of their implementation. Therefore, an exploratory research in the

¹ Graduado em Direito (UFMG) e Administração (PUC-MG). Mestre em Direito (UFMG), com bolsa do CNPq. Pós-graduado em Direito Civil pela PUC-MG. Advogado inscrito na OAB/MG. Possui experiência em pesquisa científica, projetos de extensão, monitorias, voluntariados e estágios-docência. É autor de diversas publicações nas áreas de Direito Civil, bioética, tecnologia, inovação, inteligência artificial e economia comportamental. Membro do grupo de estudos SIGA/UFMG, sob coordenação do Prof. Dr. Marco Antônio de Sousa Alves. Ministrou oficinas e palestras no campo do Direito Civil. É parecerista das revistas 'E-Civitas', 'Ambiente: Gestão & Desenvolvimento' e 'Direito em Debate'.

qualitative field was undertaken, from which the inductive technique was applied. First, we present a review of the fundamental concepts relevant to artificial intelligence. In a second step, we describe practical applications in the current state of the art that can be implemented in the field of law. In a third moment, we address practical repercussions and ethical issues related to AI implementation. It is concluded that the application of AI tools in private law accelerates bureaucratic procedures, adds efficiency to the routine of offices and the process, allows the channeling of resources for personalized service and generates legal jobs related to the creation and management of software. The adoption of artificial intelligence in legal practice must be made compatible with issues related to transparency, privacy and data security.

Keywords: Artificial intelligence; automation; advocacy.

Recebido em: 05/03/2020

Aceito para publicação em: 21/09/2021

1 INTRODUÇÃO

A automação informática já é uma realidade no mundo. A maioria das empresas e órgãos públicos utiliza softwares que executam tarefas tais como o gerenciamento corporativo, controle tributário, fluxo de caixa, cadeia de suprimentos, administração de projetos, transferência eletrônica de fundos, etc. No Direito não é diferente. O universo jurídico se beneficia há anos desses avanços tecnológicos. No Brasil, o processo eletrônico foi difundido massivamente e se aprimora cada vez mais, ao passo que a consulta jurisprudencial está largamente disponível nos meios digitais. Os órgãos públicos e os advogados também foram beneficiados com as inovações do Sistema de Automação Judiciária (SAJ), que disponibiliza ferramentas de gestão processual, fornecendo recursos como o peticionamento eletrônico, a distribuição randomizada de iniciais e a publicação automática de decisões no DJe.

Para além da automação, as inovações recentes da computação vêm permitindo o desenvolvimento de ferramentas que utilizam uma tecnologia instigante e desafiadora: a inteligência artificial (IA). A IA está dando origem a softwares de arquitetura sofisticada, dotados de algoritmos capazes de desenvolver raciocínios e tomar decisões que emulam o pensamento humano. Mais do que automatizar tarefas repetitivas, os sistemas baseados em IA possuem aptidão para analisar documentos e executar ações com altos índices de acerto, substituindo trabalhadores humanos em diversas tarefas. No âmbito do Direito, essas novas plataformas têm se mostrado capazes de aprimorar pesquisas jurisprudenciais, revisar contratos e elaborar peças jurídicas simples. Tudo isso de forma autônoma, com pouca ou nenhuma interferência humana.

O uso da IA no Direito suscita dúvidas e debates a respeito da nova advocacia que vem surgindo na era pós-digital. Qual será o futuro dos profissionais jurídicos num contexto onde a inteligência artificial estará cada vez mais presente e atuante? Haverá uma “desumanização” da advocacia ou essas transformações possibilitarão uma relação mais sólida entre o cliente e seu patrono? O Direito deixará de ser uma atividade exclusivamente humana e passará às mãos das máquinas inteligentes?

A partir de um levantamento inicial de algoritmos modelados para escritórios privados, este artigo pretende enfrentar tais questionamentos, examinando a implementação da IA na advocacia sob dois enfoques: consequências práticas e éticas. Para atingir este objetivo, o trabalho foi dividido em três etapas principais. Primeiramente, apresentamos uma prospecção exploratória dos conceitos fundamentais pertinentes à *inteligência artificial*. Em uma segunda etapa, descrevemos as aplicações práticas no atual estado da arte que podem ser implementadas no âmbito da advocacia. Em um terceiro momento, abordamos repercussões práticas e questões éticas atinentes à implementação de modelos algorítmicos, delineando o surgimento de uma nova advocacia marcada pelo uso da inteligência artificial.

Conclui-se que serão disponibilizadas, a curto e médio prazo, poderosas ferramentas de IA capazes de revolucionar o cotidiano dos escritórios. Se implementado com sucesso, esse conjunto de recursos tem potencial para eliminar várias tarefas cotidianas do advogado, aumentar a eficiência dos escritórios, acelerar a resposta das partes e reduzir a duração dos processos judiciais. Também se vislumbra a criação de empregos jurídicos relacionados ao design e gerenciamento de softwares de IA. Aponta-se, contudo, a existência de problemas cruciais relativos à transparência, privacidade e segurança de dados, de forma que o desenvolvimento de diretrizes éticas é imprescindível para a implementação ostensiva da IA no território jurídico.

2 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A inteligência artificial (IA) é descrita por John Haugeland (1985, p. 15) como "o novo e empolgante esforço para fazer computadores pensar (...) máquinas com mentes, no total e sentido literal". Na concepção de Robert Schalkoff (1990), trata-se de "um campo de estudo que procura explicar e emular o comportamento inteligente em termos de processos computacionais". Para Stuart Russel & Peter Norvig (2020) a inteligência artificial é a capacidade da máquina de interpretar dados de forma

racional e humana, tomando decisões autônomas com base em padrões preexistentes. Já John Simons (2016, p. 5) preleciona que é a ciência de ensinar computadores a “aprender, raciocinar, perceber, inferir, comunicar e tomar decisões como os humanos”.

Mas como um sistema artificial é capaz de pensar de forma inteligente? De acordo com o Grupo de Experts em IA da União Europeia (2019, p. 1), o software “percebe o ambiente em que está imerso através de sensores, coletando e interpretando dados, processando as informações sobre os dados recebidos para decidir qual é a melhor ação”. Esses sistemas de IA também podem adaptar seu comportamento analisando como o ambiente foi afetado por suas ações anteriores. Luiz Fux (2019, p. 2) entende que o conceito de IA é indissociável de um mecanismo fundamental para a sua existência: o método de aprendizado de máquina, ou *machine learning*. Harry Surden (2014, p. 89) fornece uma definição precisa sobre essa técnica:

O machine learning consiste na capacidade de os sistemas se adaptarem a novas circunstâncias e extrapolar padrões previamente estabelecidos, isto é, aprendendo com os dados já conhecidos e, assim, produzindo novas informações capazes de subsidiar tomadas de decisão futuras

No *machine learning*, o computador é desenvolvido para “se autoprogamar” com base em sua própria experiência. Ele reúne dados, interpreta essas informações e toma decisões diferenciadas, trabalhando com padrões cognitivos similares aos usados por humanos (ARENS, 2017). Além das adaptações realizadas pelo próprio sistema com base em sua experiência prévia, o *machine learning* pode se dar através da intervenção humana. Neste sentido, os desenvolvedores podem reeditar o código do software, fazendo ajustes e correções até que o computador passe a executar a tarefa com grau aceitável de acuidade (MILLER, 2019, p. 3).

A ideia de se utilizar os computadores na automatização de rotinas jurídicas surgiu com as pesquisas de Loevinger no final dos anos 40, mas foi na década de 60 que se iniciaram os primeiros estudos práticos sobre a aplicação de algoritmos no Direito. Nas décadas de 70 e 80, como resultado destas pesquisas, surgiram os

primeiros sistemas de automação jurídica, notadamente os TAXMAN² e o HYPO³. Após anos de descrédito e avanços tímidos, a inteligência artificial ressurgiu com grande força a partir dos anos 2000, a reboque das grandes empresas de tecnologia que emergiram com a popularização da internet. A partir de 2010, os consequentes avanços científicos possibilitaram a introdução da inteligência artificial em softwares jurídicos como o ROSS e o LawGeex, sistemas que, como veremos adiante, são capazes de analisar contratos e emitir pareceres jurídicos com enorme velocidade e precisão.

Luiz Fux (2019, p. 3) relata que a IBM definiu seis categorias de potenciais aplicações da inteligência artificial ao Direito, a saber: previsão de resultados de conflitos judiciais, elaboração de peças jurídicas; revisão de contratos; identificação de padrões em decisões judiciais; rastreamento de propriedade intelectual e mecanização do faturamento de honorários. Nos tópicos a seguir, veremos como algumas dessas aplicações podem ser incorporadas no contexto dos escritórios de advocacia.

3 AUTOMAÇÃO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA ADVOCACIA

De acordo com o Relatório Justiça em Números, o Poder Judiciário tem cerca de 75 milhões de processos judiciais em tramitação (CNJ, 2021). Além disso, Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) estima que a advocacia já soma mais de um milhão de profissionais em atuação (MARTINS, 2019). O país é, portanto, um mercado com grande potencial para o desenvolvimento de tecnologias que facilitem a rotina jurídica. Na esteira dessa tendência estão as empresas de Lawtech e Legaltech⁴. De

² TAXMAN-I e TAXMAN-II foram softwares desenvolvidos na década de 1970, na Universidade de Rutgers (E.U.A) com o intuito de analisar taxações das reorganizações das sociedades por ações, identificando com base no caso concreto e nas leis, quais operações estariam isentas de taxação (MAGALHÃES, 2004, p. 340)

³ HYPO é um sistema projetado em 1987 para analisar casos de direito contratual estadunidense utilizando o Raciocínio Baseado em Casos. Diante de um caso apresentado pelo usuário, construía uma apropriada argumentação com base em exemplos e precedentes (MAGALHÃES, 2004, p. 344)

⁴ Para HEYMANN (2018, p. 4), há divergência se Law Tech e Legal Tech são sinônimos. Apesar dos profissionais da área, majoritariamente, entenderem ambos os termos como sinônimos, alguns especialistas sugerem o uso do termo "Lawtech" para empresas com foco nas leis, enquanto

acordo com Erik Nybo (2017) “Lawtechs ou Legaltechs, ambos nomes utilizados para as empresas do segmento, são startups focadas em criar produtos ou serviços para o mercado jurídico.”

O uso da inteligência artificial na advocacia tem atraído muita atenção nos últimos anos. Atualmente, a Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs (AB2L) registra mais de cinquenta startups no mercado legal no país. Há dois anos atrás existiam apenas vinte empresas do gênero. De acordo com Samia Frantz (2019), a AB2L divide as Lawtechs brasileiras em onze categorias, a saber: i) analytics e jurimetria⁵; ii) automação e gestão de documentos; iii) compliance; iv) conteúdo jurídico, educação e consultoria, v) extração e monitoramento de dados públicos; vi) gestão jurídica; vii) inteligência artificial; viii) redes de profissionais; ix) regtechs⁶; x) resolução de conflitos online e xi) taxtech⁷.

Dentre essa extensa gama de aplicações, nos interessa, em especial, o *uso da inteligência artificial no cotidiano da advocacia*. Nos tópicos a seguir, demonstraremos exemplos de softwares que utilizam alta tecnologia para solucionar problemas jurídicos. Embora também executem tarefas tradicionais de automação, todos estes sistemas possuem um diferencial importante: eles são equipados com algoritmos de inteligência artificial, que permitem o processamento de informações, a interação fluida com o usuário e o aperfeiçoamento constante do software através do aprendizado de máquina.

“Legaltech” se encaixaria melhor para as empresas que lidam com os diversos procedimentos da área legal.

⁵ Analytics refere-se à técnica de se utilizar grande quantidade de dados e raciocínio estatístico para dar seguimento a um processo de tomada de decisão mais eficiente (ZIMMERMANN, 2018). Já a Jurimetria se refere à aplicação, na área do Direito, dessas técnicas quantitativas comuns à estatística. Trata-se de uma disciplina que ajuda os legisladores e operadores do Direito a criar instituições sociais e políticas públicas mais justas e eficientes (FERRAZ, 2018).

⁶ Regtechs são empresas que oferecem soluções tecnológicas capazes de resolver problemas gerados pelas exigências de regulamentação. É o caso, por exemplo, do SigaLei. Essa Lawtech analisa dados de diversas fontes para facilitar o monitoramento legislativo automático e influenciar o poder legislativo em todas as esferas (FRANTZ, 2019).

⁷ Taxtechs são empresas que desenvolvem plataformas e soluções tecnológicas voltadas especificamente para questões tributárias. Um exemplo é a Busca Legal, que oferece acesso especializado a jurisprudências e conteúdos diversos e consulta à tributação de determinado produto (FRANTZ, 2019).

3.1 “ROSS”: tecnologia da IBM à serviço de pesquisas jurídicas confiáveis

Desde 2014, pesquisadores da Universidade de Toronto, no Canadá, vêm desenvolvendo o software ROSS (BECKER & LAMEIRÃO, 2017). A plataforma é baseada em tecnologia de inteligência artificial da IBM⁸, e tem por objetivo oferecer pesquisas detalhadas e confiáveis aos advogados na busca de argumentos para suas ações, através da comparação de jurisprudência, doutrina e normas legais.

O ROSS pode processar, em apenas um segundo, quinhentos gigabytes de dados, o equivalente a um milhão de livros. Isso permite que ele arquive toda a legislação do país, jurisprudências, precedentes, citações e qualquer outra fonte de informação jurídica. Além disso, pode atualizar seu conteúdo vinte e quatro horas por dia, todos os dias, e alertar o advogado sobre informações recentes que afetem um caso em que está trabalhando (GUERRA, 2017). De acordo com Michal Addady (2016), a plataforma também é capaz de extrair conclusões ao analisar a literatura jurídica, selecionar informações relevantes para um caso específico, formular hipóteses, gerar respostas sustentadas por referências e interagir com o usuário.

A interface do sistema é simples e intuitiva: o advogado faz uma pergunta e o robô soluciona a questão, citando precedentes jurídicos, leis relacionadas e até um percentual de confiabilidade da resposta fornecida. O sistema também é capaz de pesquisar em outros idiomas e alertar o advogado para novas mudanças de entendimento e tendências jurisprudenciais (idem, 2016). Em 2016, a Baker & Hostetler, uma das maiores bancas de advocacia dos EUA, “contratou” o ROSS para a automatização de tarefas jurídicas na área de falências. O software foi instalado nos computadores dos escritórios da firma, e já está operando como fonte de pesquisas para cinquenta advogados da divisão de falências (MELO, 2016).

Segundo Luiz Fux (2019), o ROSS possui um subsistema ainda mais automatizado, chamado EVA, que funciona especificamente para a análise de peças processuais. No EVA, o usuário pode inserir a petição inicial ou contestação

⁸ O Ross utiliza como base o sistema de inteligência artificial Watson, desenvolvido pela IBM. Pode-se dizer, portanto, que o Ross é uma variante jurídica do Watson (SILLS, 2016)

apresentada pelo advogado da outra parte, deixando que a máquina pesquise a jurisprudência citada, identifique as partes do texto mais relevantes, busque jurisprudência atualizada sobre essas informações e apresente-as de forma concisa.

3.2 “LawGeex” e “KiraSystems”: análise de contratos e identificação de cláusulas defeituosas ou indesejáveis

A LawGeex é uma empresa israelense fundada em 2014, que desenvolve tecnologia automatizada de revisão de contratos. O sistema visa reduzir os recursos humanos e financeiros com a análise e aprovação de minutos, e foi projetado para responder à seguinte pergunta: "Posso assinar isso?". Para solucionar a questão, o robô utiliza algoritmos computacionais que examinam as cláusulas, verificam a sua legalidade com base no ordenamento jurídico e investigam se o contrato cumpre critérios preestabelecidos pelo usuário (O’HEAR, 2017). Caso seja encontrada uma contradição jurídica ou um dispositivo contratual que possa prejudicar os interesses do usuário, o sistema envia um alerta ao advogado para que ele revise a cláusula defeituosa ou indesejada.

Em um estudo divulgado pela LawGeex (2018), advogados americanos com décadas de experiência em direito societário e revisão de contratos foram confrontados com um computador para detectar problemas em cinco contratos NDA (*Non-Disclosure Agreement*)⁹. Os profissionais humanos competiram contra um sistema LawGeex, que foi desenvolvido por três anos e treinado através de *machine learning* com base em dezenas de milhares de contratos. Após extensos testes, o sistema alcançou uma média de 94% de acertos na identificação de cláusulas problemáticas, enquanto os advogados atingiram um índice de 85%. Em média, foram necessários 92 minutos para que os profissionais humanos analisassem todos os cinco NDAs propostos. O advogado que consumiu mais tempo gastou 156

⁹ Um acordo de não-divulgação (NDA, Non-Disclosure Agreement) é um contrato legal de confidencialidade, através do qual as partes concordam em não divulgar determinadas informações.

minutos na análise, enquanto o profissional mais rápido fez a revisão em 51 minutos. Por sua vez, o computador concluiu a tarefa em apenas 26 segundos.

De forma semelhante, a empresa canadense KiraSystems, criada em 2011¹⁰, desenvolve softwares para auxiliar advogados na análise de cláusulas contratuais, sobretudo em fusões e aquisições, comparando as informações presentes nos contratos com os esclarecimentos apresentados à autoridade antitruste responsável por supervisionar e aprovar as operações (FUX, 2019).

3.3 "LexMachina": avaliação de patentes e simulação de riscos

Fundada em 2010 (BLOOMBERG, 2017), a LexMachina é fruto de pesquisas desenvolvidas nas faculdades de Direito e de Ciência da Computação da Universidade de Stanford. O nome da empresa é uma expressão latina que significa "máquina do direito" (SCHUBARTH, 2013). A empresa oferece um conjunto de aplicativos que possibilitam uma gama de ferramentas aos advogados, entre as quais: i) avaliar o grau de ameaça representada por um novo caso, simulando riscos de prejuízos financeiros e sanções judiciais; ii) permitir a elaboração de peças jurídicas com argumentação robusta e confiável e iii) emitir relatórios sobre patentes e avaliar disputas de propriedade intelectual.

De 2000 a 2013, o LexMachina compilou dados de 147.000 casos de propriedade intelectual, montando uma extensa base de dados de patentes, direitos autorais, marcas registradas e casos antitruste. O sistema também é capaz de extrair publicações do Departamento de Marcas e Patentes e das cortes judiciais estadunidenses, disponibilizando-os para pesquisa dentro da plataforma. A mineração dessas informações permite que os advogados acompanhem tendências processuais de tribunais específicos, históricos de advogados e das partes adversárias, além de estimar prováveis custos e desdobramentos do litígio (HOGE, 2013).

¹⁰ Lawgeek. Startup map. KiraSystems. Disponível: <https://www.legalgeek.co/startup-map-v1/kirasystems/>

3.4 Chatbots e o “DoNotPay”: assistente jurídico via chat

Chatbots (em inglês “chat” = conversa; “bot” = robô) são softwares que tentam simular um ser humano na conversação com as pessoas. O objetivo desses programas é responder perguntas de tal forma que o usuário tenha a impressão de estar conversando com outra pessoa e não com um programa de computador. Depois que o usuário formula um questionamento por mensagem de texto, o programa consulta seu banco de dados ou a internet, e em seguida fornece uma resposta em linguagem humana e acessível (ELOVIC, 2017). Desta forma, o software constrói respostas automatizadas com base em palavras-chave contidas na pergunta inserida. Os chatbots também utilizam aprendizado de máquina para aumentar o grau de precisão das respostas e dar mais naturalidade às conversas, tornando os chats com mais parecidos com as interações humanas.

O DoNotPay, ou numa tradução livre, “Não pague a sua multa”, é um aplicativo disponível na AppleStore, que utiliza um sofisticado chatbot para responder consumidores insatisfeitos com serviços de outras empresas ou órgãos públicos. Quando foi criado, em 2015, a ideia inicial era que o DoNotPay examinasse multas de trânsito inseridas pelo usuário, formulando dicas personalizadas para que o motorista escolhesse os melhores recursos administrativos ou jurídicos para contestar a sanção. De acordo com o The Guardian (2016), o aplicativo solucionou 160.000 casos em menos de dois anos, livrando usuários de mais de 4 milhões de dólares em multas.

Com o tempo, a abrangência e complexidade do sistema aumentaram, e o aplicativo passou a oferecer “assistência jurídica” a pessoas com as mais diversas reclamações sobre órgãos públicos ou empresas, tais como: problemas com aplicativos de entrega, desentendimentos com companhias aéreas, contestação de taxas bancárias consideradas abusivas, etc.

Ao receber a reclamação do cliente, o programa faz uma série de perguntas específicas sobre a situação para, então, orientar o usuário sobre seus direitos e

formular uma lista de documentos que autor precisaria para dar entrada no processo. O DoNotPay também fornece orientações sobre os trâmites processuais, como audiências e estimativas de prazo, caso o autor decida processar a empresa (BOYCE, 2016).

4 O SURGIMENTO DE UMA NOVA ADVOCACIA

4.1 A prática jurídica transformada

As tendências e ferramentas demonstradas no capítulo anterior indicam que a inteligência artificial tem um enorme potencial para transformar a advocacia. No futuro, o uso sistêmico e massificado das ferramentas computacionais provavelmente mudará o cotidiano da maioria dos profissionais jurídicos.

Os sistemas existentes até o momento evidenciam que as máquinas dotadas de IA já podem, com considerável grau de confiança, realizar pesquisas e identificar inconsistências em documentos. Por si só, esses avanços podem contribuir para que o advogado produza peças jurídicas mais persuasivas e confiáveis. As experiências relatadas também apontam para uma redução no tempo e nos recursos dispensados ao trabalho técnico em cada processo.

Essa economia de tempo e de dinheiro através da utilização da IA também tem sido identificada em experiências no setor judiciário, como registrou recentemente o presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli (2019):

O trabalho que custaria ao servidor de um tribunal entre 40 minutos e uma hora para fazer, o software faz em cinco segundos. Nossa ideia é replicar junto aos Tribunais Regionais Federais (TRFs), aos Tribunais de Justiça, aos Tribunais Regionais do Trabalho, enfim, trata-se de uma ferramenta para toda a magistratura

Neste sentido, a propagação dessas novas tecnologias pelos Tribunais¹¹, pode contribuir para aumentar a produtividade do Judiciário, melhorando a qualidade e a eficiência da prestação jurisdicional (ANDRADE, 2019). Por outro lado, é possível que o computador ainda esteja longe de sentenciar litígios ou elaborar peças jurídicas completas. Isso porque essas tarefas têm alto grau de complexidade, demandando, ademais, refinadas habilidades de ponderação que ainda não estão ao alcance dos softwares (BELTRÃO FILHO & CRUZ, 2019). Desta forma, embora possam realizar atividades mecânicas e substituir o trabalho manual repetitivo, os softwares de inteligência artificial dificilmente realizarão, com perfeição, o trabalho de um bom advogado na redação de peças jurídicas e na análise e elaboração de estratégia em casos mais complexos.

Além disso, nos parece, a princípio, ser impossível substituir o papel de apoio e aconselhamento dado a um cliente. O lado humano que o suporte do advogado fornece é insubstituível, pois a advocacia requer interação interpessoal, criatividade, processamento de linguagem, compreensão de como funciona a sociedade, sensibilidade e experiência. Em curto e médio prazo, o domínio pleno e refinado de todas essas características dificilmente será atingido pelo computador (ANDRADE, 2021). Com base nessas considerações, podemos elencar *quatro perspectivas para o futuro da advocacia*:

1) Algumas tarefas do advogado poderão ser eliminadas, notadamente aquelas que envolvem organização de documentos e pesquisa de jurisprudência. Isso se dará porque os sistemas de inteligência artificial possuem uma enorme capacidade de varredura de textos e de rastreamento de informações. Como visto, um computador consegue identificar, com notável agilidade e precisão, as informações necessárias em bases de dados extensas. Os sistemas de IA também

¹¹ O Poder Judiciário brasileiro já utiliza alguns softwares de inteligência artificial para agilizar tarefas processuais. Alguns exemplos: O STF desenvolveu, em 2018, o robô Victor, que analisa automaticamente requisitos de admissibilidade em casos de repercussão geral. O STJ implantou, a partir de 2019, o Corpus927, que ajuda na triagem de processos relacionados ao artigo 927 do CPC. Outras cortes judiciais como o TJPE, TJRO e TJRN também já estão utilizando a inteligência artificial para triar processos, verificar admissibilidade de petições e executar bloqueios como BACENJUD e RENADJUD de forma automatizada (ANDRADE, 2019).

são hábeis em organizar a disposição dessas informações para entregá-las ao usuário de forma simples e intuitiva.

2) Outros empregos serão criados, sobretudo na área de concepção, manutenção e gestão destas ferramentas automatizadas. As Lawtechs já dão uma amostra deste novo mercado de trabalho. Embora os algoritmos computacionais sejam programados por engenheiros e técnicos de tecnologia da informação, os profissionais jurídicos terão importância fundamental no desenvolvimento e na revisão dos recursos de IA no Direito. Tendo em vista a demanda futura por estes novos profissionais, o professor de Stanford Leonard Suskind (2010) chama a atenção para o advento de uma nova profissão, a dos “engenheiros legais”:

Precisamos de uma geração de advogados capazes de desenhar, desenvolver, entregar e manter os sistemas que substituirão as velhas formas de trabalhar. Precisamos de uma geração de engenheiros legais.

3) A IA pode aumentar o rendimento e a produtividade dos escritórios, na medida em que fornece pesquisas e diagnósticos automatizados, com grau cada vez maior de precisão e confiabilidade. O uso dessas ferramentas pode tornar as tarefas mais rápidas e financeiramente menos dispendiosas. Desta forma, o advogado terá mais tempo para dedicar-se a outras atividades, como o autoaperfeiçoamento e a defesa de novas causas, além de ter maior disponibilidade para fornecer um tratamento diferenciado e personalizado a seus clientes. Este “toque humano” é importantíssimo e dificilmente será substituído pelas máquinas.

4) A aplicação sistêmica de novas tecnologias pelos Tribunais pode contribuir para reduzir a morosidade da Justiça, na medida em que auxilia magistrados e servidores a acelerar o trâmite processual através de recursos automatizados. Numa perspectiva esperançosa, é possível que o judiciário nacional consiga obter, através da aplicação da IA, a redução do passivo de ações que afoga o sistema e dificulta o acesso à uma prestação jurisdicional efetiva.

4.2 Desdobramentos éticos

O uso da computação cognitiva, como toda revolução tecnológica, oferecerá certos riscos e dilemas, que devem ser tratados de forma adequada e proporcional, de forma a resguardar a ética e os direitos fundamentais. Na medida em que o Poder público e os escritórios de advocacia implantam inovações de inteligência artificial, surge a preocupação em harmonizar essas novas tecnologias com os princípios da sociedade.

Entre as inúmeras implicações da inteligência artificial descritas na doutrina, podemos elencar: a) presença de vieses cognitivos nos algoritmos de IA, que eventualmente produzem resultados discriminatórios¹² ou pouco transparentes¹³; b) as ameaças à privacidade, na medida em que os robôs podem acessar e interpretar informações pessoais do indivíduo¹⁴; c) a possível substituição dos humanos pelas máquinas no ambiente de trabalho (ACEMOGLU & RESTREPO, 2018; UNGER, 2018, p. 68); d) o problema da responsabilização no caso do cometimento de ilícito por uma máquina (2019, p. 5); e) o uso militar de armamentos robóticos altamente destrutivos¹⁵; f) a hipótese das consequências não-intencionais, segundo a qual os sistemas computacionais sofreriam uma "*explosão de inteligência*" (HELM & MUEHLHAUSER, 2012), agregando um nível de complexidade e sofisticação incontrolável pelos seres humanos (ANDRADE, 2019, p. 15).

Diante dessa profusão de possíveis impactos e desdobramentos, examinar a IA à luz da ética e dos direitos fundamentais é uma oportunidade de moldar seu desenvolvimento, garantindo que essas novas tecnologias computacionais se desenvolvam de maneira segura, oferecendo um ambiente de operação confiável para seus próprios usuários. Um exemplo é o incentivo à inteligência artificial

¹² Segundo Dierle José Coelho Nunes (p. 6), um robô que avalia o risco de reincidência de criminosos nos Estados Unidos passou a classificar erroneamente os acusados negros como prováveis reincidentes, e os acusados brancos como indivíduos de baixo risco.

¹³ Dierle José Coelho Nunes (p. 8) relata que "(...) *os algoritmos utilizados nas ferramentas de inteligência artificial são obscuros para a maior parte da população – algumas vezes até para seus programadores (...) – o que os torna, de certa forma, inatacáveis.*"

¹⁴ Um relatório do Governo Norueguês, "Artificial intelligence and privacy" (2018), descreve os riscos e preocupações governamentais relacionados ao armazenamento e manipulação de dados pessoais por máquinas. Disponível em: <https://www.datatilsynet.no/globalassets/global/english/ai-and-privacy.pdf>

¹⁵ O Professor de Oxford, Nick Bostrom afirma que a inteligência artificial gera os chamados riscos existenciais: "*ameaças que podem causar nossa extinção ou destruir o potencial da vida inteligente que origina a Terra*" (tradução nossa). Disponível em <https://nickbostrom.com/existential/risks.html>

explicável (XAI), que consiste no desenvolvimento de funcionalidades “autoexplicativas”, para que algoritmos consigam demonstrar, a um humano médio, as suas etapas e métodos de raciocínio para se chegar a determinada decisão (NUNES & ANDRADE, 2021; ALVES & ANDRADE, 2021). Isso porque o ser humano não pode ficar refém de algoritmos “caixa-preta”, cujo raciocínio, altamente complexo e ininteligível, é impossível acessar ou entender – especialmente quando o sistema de IA é utilizado em áreas sensíveis, como a tomada de decisões judiciais, por exemplo.

Considerando a lição de Norberto Bobbio, segundo o qual valores e princípios de uma civilização repousam na ética e os direitos humanos são a consagração normativa das conquistas históricas do cidadão (BOBBIO, 1998, p. 363), entendemos que é essencial harmonizar o uso da inteligência artificial com esses preceitos basilares da sociedade. Afinal, se o uso da inteligência artificial tem o intuito de aperfeiçoar o bem-estar e a liberdade, seu grande beneficiário é, pois, o próprio indivíduo, razão pela qual a aplicação da IA jamais poderia se distanciar dos princípios éticos de uma sociedade ou confrontar as garantias fundamentais franqueadas pelo Estado Democrático de Direito (ANDRADE, 2019).

Neste sentido, a União Europeia formulou, muito recentemente, as “Diretrizes Éticas para a Inteligência Artificial Confiável” (UNIÃO EUROPEIA, 2019b). O documento estabelece normas para o desenvolvimento de ferramentas de inteligência artificial, justamente com base nos erros, riscos e impactos negativos que o raciocínio automatizado pode produzir (FRAZÃO, 2019). Essas diretrizes estão apoiadas em dois sustentáculos básicos: direitos fundamentais (dignidade humana, liberdade do indivíduo, igualdade, solidariedade, não-discriminação, respeito aos cidadãos e ao Estado de Democrático Direito) e os princípios éticos do respeito à autonomia humana, prevenção de danos, justiça e explicabilidade. Partindo dessas premissas éticas, o guia também emitiu sete diretrizes técnicas a serem seguidas por empresas e governos na concepção e aplicação da IA. São elas: i) fiscalização; ii) segurança técnica; iii) privacidade e governança de dados; iv) transparência; v)

diversidade, não-discriminação e equidade; vi) bem-estar social e ambiental; vii) responsabilização.

Tal como a União Europeia, outros países devem se preocupar em estabelecer critérios para o emprego de inteligência artificial. Estes novos marcos regulatórios devem oferecer normas preventivas e estipular soluções para os impactos gerados pelo o avanço da computação cognitiva.

5 CONCLUSÃO

A crescente indústria de tecnologia jurídica está colocando um conjunto cada vez maior de ferramentas de Inteligência Artificial à disposição dos escritórios de advocacia. Atualmente, a maioria desses recursos está direcionada para a revisão de contratos, análise jurisprudencial e pesquisa de documentos.

Neste contexto, o uso de robôs pode transformar a vida jurídica e o cotidiano dos escritórios, suscitando novas perspectivas para a advocacia, como vimos nos capítulos anteriores: 1) eliminação de algumas tarefas do advogado, sobretudo as que envolvem organização de documentos e pesquisas jurisprudenciais; 2) criação de empregos relacionados à concepção e gerenciamento de ferramentas automatizadas; 3) aumento da eficiência dos escritórios, com economia de tempo e recursos financeiros, que poderão ser reinvestidos pelo advogado de várias formas; 4) redução da morosidade na Justiça, ensejando maior eficácia na prestação jurisdicional e melhoria no atendimento dos advogados pela estrutura dos órgãos judiciários.

Vimos também que os softwares de IA dificilmente substituirão, com plenitude, o trabalho de um bom advogado na redação de peças jurídicas sofisticadas e no raciocínio estratégico em casos mais complexos, uma vez que a IA ainda está longe de adquirir capacidade de dimensionamento ético e ponderação de valores para mensurar as especificidades de cada caso em concreto.

Por derradeiro, pontuou-se que, como as demais revoluções tecnológicas, a inteligência artificial oferece novos riscos e dilemas morais. Esses desafios, que

incluem questões de transparência, privacidade e segurança de dados, devem ser tratados com respeito às garantias fundamentais resguardadas pelo Estado Democrático de Direito e à luz dos valores éticos que permeiam a sociedade.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron & RESTREPO Pascual. **Artificial Intelligence, Automation and Work**. NBER Working Paper No. 24196 Jan 2018.

ADDADY, Michal. **Meet Ross, the World's First Robot Lawyer**. Rev Fortune. Mai 2016. [acesso em 15/06/2019] Disponível:
<http://fortune.com/2016/05/12/robot-lawyer/>

ALVES, Marco Antônio Sousa; ANDRADE, Otávio Morato de. **Da "caixa-preta" à "caixa de vidro": o uso da Explainable Artificial Intelligence (XAI) para reduzir a opacidade e enfrentar o enviesamento em modelos algorítmicos**. Revista de Direito Público v. 18, n. 100. No prelo.

ANDRADE, Otávio Morato de. **Utilizando inteligência artificial para combater a morosidade processual e democratizar o acesso ao judiciário**. Revista Duc in Altum. No prelo. Recife, 2021.

ANDRADE, Otávio Morato de. **"Doutor Robô"? A substituição dos advogados pelas máquinas e outras considerações sobre o Direito na era pós-digital in Transformações nas organizações e na prática jurídica**. Alexandre Pacheco da Silva, Emerson Ribeiro Fabiani e Marina Feferbaum (Org.) - São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2021, p. 221-239.

ARENS, Bob. **Cognitive computing: Under the hood**. Thomson Reuters. Jan 2017. Disponível em
<https://blogs.thomsonreuters.com/answerson/cognitive-computing-hood/>

BECKER, Daniel & LAMEIRÃO, Pedro. **Better call ROSS**. Direito da Inteligência Artificial. Disponível:
https://direitodainteligenciaartificial.com/2017/07/05/better-call-ross/#_ftn5

BELTRÃO FILHO, João Alfredo & CRUZ, Jaqueline. **O uso da inteligência artificial na análise de processos no Judiciário como instrumento de concretização da eficiência processual**. Jota. Mai 2019. Disponível:
<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/uso-da-inteligencia-artificial-na-analise-de-processos-como-instrumento-de-eficiencia-31052019>

BLOOMBERG. **Company Overview of Lex Machina, Inc.** 2017. Disponível: <https://www.bloomberg.com/research/stocks/private/snapshot.asp?privcapId=119082530>

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política.** Vol. I. 11ª ed. Editora UNB. 1998

BOYCE, Lee. **Plucky student entrepreneur who created parking ticket appeal website now launches robot to give Britons free legal help.** Jornal Daily Mail. Jan 2016. Disponível: https://www.dailymail.co.uk/money/news/article-3394093/Joshua-Browder-created-DoNotPay-launches-robot-Britons-free-legal-help.html?ITO=1490&ns_mchannel=rss&ns_campaign=1490

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Relatório Justiça em Números 2021.** Disponível: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>

ELOVIC, Assaf. **Chatbots - The Beginners Guide.** Chatbots Magazine. Ago 2017. Disponível: <https://chatbotsmagazine.com/chatbots-the-beginners-guide-618e72599b55>

FRANTZ, Sâmia. **Lawtech e legaltech: startups jurídicas e a revolução na advocacia.** SAJ Adv. Fev 2019. Disponível: <https://blog.sajadv.com.br/lawtech-e-legaltech/>

FRAZÃO, Ana. **Quais devem ser os parâmetros éticos e jurídicos para a utilização da IA?** Rev. Jota. Disponível: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/quais-devem-ser-os-parametros-eticos-e-juridicos-para-a-utilizacao-da-ia-24042019>

FUX, Luiz. **Palestra sobre Inteligência artificial.** Conjur. Fev 2019. Disponível: <https://www.conjur.com.br/dl/palestra-fux-inteligencia-artificial.pdf>

GUERRA, Gustavo Rabay. **A invasão das Lawtechs e o avanço exponencial das novas tecnologias no setor de serviços legais.** Medium. Set 2017. Disponível: <https://medium.com/@gustavorabay/a-advocacia-na-era-p%C3%B3s-digital-a-invas%C3%A3o-das-lawtechs-e-o-avan%C3%A7o-exponencial-das-novas-tecnologias-e09eb59f78da>

HAUGELAND, John. **Artificial Intelligence: The Very Idea.** Cambridge: MIT Press, Massachusetts, 1985.

HELM, Louie & MUEHLHAUSER, Luke. **Intelligence Explosion and Machine Ethics.** 2012.

HOGUE, Patrick. **Lex Machina: Lex Machina: 'Moneyball' meets patent lawsuits.** Setembro de 2013. Disponível: <https://www.bizjournals.com/sanfrancisco/blog/2013/09/lex-machina-mines-lawsuit-data.html?page=all>

LAWGEEK. **Startup map.** KiraSystems. Disponível: <https://www.legalgeek.co/startup-map-v1/kirasystems/>

LAWGEEEX. **Comparing the Performance of Artificial Intelligence to Human Lawyers in the Review of Standard Business Contracts.** Fev 2018. Disponível: <http://ai.lawgeex.com/rs/345-WGV-842/images/LawGeex%20eBook%20AI%20vs%20Lawyers%202018.pdf>

MARTINS, Kamila Mendes. **Brasil chega a 1 milhão de advogados.** Disponível: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/brasil-chega-a-1-milhao-de-advogados-636e8p084e82q2vq2du4excr1/>

MELO, João Osório. **Escritório de advocacia estreia primeiro "robô-advogado" nos EUA.** Rev. Conjur, 2017. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-16/escritorio-advocacia-estrela-primeiro-robot-advogado-eua>

MILLER, Sterling. **Artificial intelligence and its impact on legal technology: to boldly go where no legal department has gone before.** Thomson Reuters. Disponível: https://static.legalsolutions.thomsonreuters.com/static/pdf/S045388_1_Final.pdf

NUNES, Dierle José Coelho; ANDRADE, Otávio Morato de. **A explicabilidade das tecnologias de inteligência artificial como novo conteúdo de um devido processo legal tecnológico.** Revista de Direito Público v. 18, n. 100. No prelo.

O'HEAR, Steve. **LawGeex raises \$12M for its AI-powered contract review technology.** Rev TechCrunch, 2017. Disponível em: <https://techcrunch.com/2018/04/17/lawgeex-raises-12m-for-its-ai-powered-contract-review-technology/>

RUSSEL, Stuart. & NORVIG, Peter. **Artificial Intelligence: A Modern Approach.** Pearson, 2020.

SCHALKOFF, Robert. **Artificial Intelligence: An Engineering Approach.** Ed. McGraw-Hill, 1990.

SCHUBARTH Cromwell. **Law Big Data startup Lex Machina raises \$4.8M.** Silicon Valley Business Journal. Mai 2013. Disponível: <https://www.bizjournals.com/sanjose/news/2013/05/01/law-big-data-startup-lex-machina.html?page=all>

SIMONS, John. **Tomorrow's Business Leaders Learn How to Work with A.I.** **The Wall Street Journal**. Nov. 2016. Disponível: <https://www.wsj.com/articles/tomorrows-business-leaders-learn-how-to-work-with-ai-1480517287>

The Guardian. **Chatbot lawyer overturns 160,000 parking tickets in London and New York**. Jun 2016. Disponível: <https://www.theguardian.com/technology/2016/jun/28/chatbot-ai-lawyer-donotpay-parking-tickets-london-new-york>.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Depois do colonialismo mental: repensar e reorganizar o Brasil**. Autonomia literária, 2018.

UNIÃO EUROPEIA. **High-Level Expert Group on Artificial Intelligence**. A definition of Artificial Intelligence: main capabilities and scientific disciplines (Uma definição de Inteligência Artificial: principais capacidades e disciplinas científicas). Abr 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **High-Level Expert Group on Artificial Intelligence**. Ethics guidelines for trustworthy AI (Diretrizes éticas para uma inteligência artificial confiável). Abr 2019b. Disponível: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>

FERRAZ, Fred. **Jurimetria é ferramenta importante nas mãos de um bom advogado**. Rev Conjur. Out 2018. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2018-out-12/fred-ferraz-jurimetria-ferramenta-importante-direito>

HEYMANN, Hanna Rocha. **Direito e tecnologia: uma análise sobre a law tech**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018.

NYBO, Erik. **Como as lawtechs estão mudando a advocacia**. E-commerce Brasil. Jul 2017. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/lawtechs-mudando-advocacia>.

SILLS, Anthony. **ROSS and Watson tackle the law**. AI for Enterprise. IBM. Jan 2016. Disponível: <https://www.ibm.com/blogs/watson/2016/01/ross-and-watson-tackle-the-law/>

ZIMMERMANN, Gustavo. **Empresas Analitcs e Jurimetria**. Lexnet. Jun 2018. Disponível: <http://www.lex-net.com/new/empresas-analitcs-e-jurimetria/>

<https://doi.org/10.30749/2674-9734.v2n0a578>

A COMPETÊNCIA DELEGADA DA JUSTIÇA FEDERAL APÓS A VIGÊNCIA DA EC nº 103/2019, PARA ALÉM DAS CAUSAS DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA

THE DELEGATED JURISDICTION OF THE FEDERAL COURT AFTER THE EC nº 103/2019, BEYOND THE CAUSES OF A SOCIAL SECURITY NATURE

Heitor Moreira de Oliveira¹
Anderson Danilo Santos de Vasconcelos²

Resumo: a Emenda Constitucional nº 103, de 2019, alterou a redação do §3º do artigo 109 da Constituição Federal, excluindo do texto constitucional a possibilidade de delegação de competência federal para outras hipóteses, diversas da natureza previdenciária, desde que autorizadas por lei infraconstitucional. O presente artigo pretende refletir acerca dos impactos de tal exclusão de hipótese de competência federal delegada, notadamente perquirindo se ainda persiste no ordenamento jurídico pátrio as previsões contidas no art. 15, II, da Lei nº 5.010/66, no art. 4º da Lei nº 6.969/81 e quais os impactos da alteração no art. 381, §4º, do CPC/2015. A partir de pesquisa bibliográfica, sob o método hipotético-dedutivo, concluiu-se que a alteração do parâmetro constitucional ocasionou a não recepção das normas que tratam sobre competência delegada, sem prejuízo da necessidade da interpretação conforme do art. 381, §4º, do CPC/2015. Desta forma, verifica-se a existência de efeitos não previstos pelo constituinte reformador com impactos diretos na definição nas regras de competência delegada e, também, no acesso efetivo à Justiça.

Palavras-chave: Justiça Federal; competência federal delegada; não recepção.

Abstract: The Constitutional Amendment No. 103, of 2019, has changed the terms of the § 3º of the article 109 of the Federal Constitution, deleting from the constitutional text the possibility of delegation of the federal competence to other hypotheses, different from the social security nature, since authorized by infraconstitutional law. The present paper scope to reflect about the impacts of such exclusion of the hypotheses of delegated federal competence, notably inquiring if it still persists in the Brazilian legal system the provisions contained on the article No. 15, II, of the law No. 5.010/66, on the article No. 4, of the law No. 6.969/81 and

¹ Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Mestrando em Direito pela Fundação de Ensino "Eurípedes Soares da Rocha" (UNIVEM); Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes; Especialista em Direito Previdenciário pela Uni-Anhanguera Uniderp; e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás.

² Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE); Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Internacional Signorelli; e Bacharel em ciências jurídicas e sociais pela Universidade Federal de Campina Grande.

what are the impacts of the change on the article No. 381, § 4º of the CPC/2015. From bibliographic research, under the hypothetical-deductive method, it was concluded that the constitutional parameter alteration caused the non-receipt of the norms that deal with delegated competence, without prejudice to the need for the interpretation in accordance with art. 381, §4, of the CPC/2015. In this way, there are effects not foreseen by the reforming constituent that causes direct impacts on the definition in the rules of delegated competence and, also, on the effective access to Justice.

Keywords: Federal Justice; Federal delegated competence; non-reception.

Recebido em: 16/10/2021

Aceito para publicação em: 05/04/2022

1 INTRODUÇÃO

O acesso à Justiça encontra assento no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que prevê a inafastabilidade do Poder Judiciário para a apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito.

A efetividade do acesso à Justiça requer eficaz gestão da organização judiciária, com o escopo de se assegurar, no plano da realidade fática, que todo e qualquer cidadão possa demandar junto ao Poder Judiciário.

Nessa toada, uma medida de organização judiciária que milita em favor do acesso à Justiça se relaciona à regionalização do Poder Judiciário, especialmente sensível nos Estados de notória dimensão territorial. Cite-se, por exemplo, as previsões estampadas nos artigos 107, § 2º, 115, § 1º, e 125, § 7º, todas da Constituição Federal (BRASIL, 1988), pertinentes à justiça itinerante. Afinal, não se pode tolerar que a jurisdição seja acessível apenas àqueles que residam nas capitais, regiões metropolitanas ou grandes centros urbanos, exigindo-se, de outra banda, que o morador de pequenos Municípios do interior tenha que se deslocar por considerável distância para que possa, enfim, acionar o aparato judiciário.

A Justiça Federal é ramo da justiça especializada e, como tal, não consegue se fazer presente em toda e qualquer Comarca do território brasileiro. Porém, ainda assim, devem ser previstos mecanismos que possibilitem que o cidadão que resida em Comarca que não seja sede de seção ou subseção da Justiça Federal possa ajuizar demanda sem que para tanto tenha que se deslocar até outra localidade. Para além do deslocamento em si, não se olvida todos os custos e despesas que tal obrigação provocaria, desde transporte e alimentação, até a contratação de advogado em cidade distinta de sua residência.

Justamente como medida de aproximação da população à jurisdição federal, historicamente se permitiu o ajuizamento de determinadas demandas na Justiça Estadual, notoriamente mais capilarizada no interior do território nacional.

O fundamento histórico da delegação do exercício da competência federal aos juízos estaduais consiste em facilitar o acesso ao Judiciário federal diante das dificuldades estruturais, administrativas e financeiras de

instalação de vara federal em todos os municípios, já que a Justiça Estadual conta com um número maior de juizes distribuídos por todo o território nacional. (BOCHENEK; DALAZOANA; 2016, p. 144)

Com efeito, ao longo da história constitucional brasileira podem ser catalogadas diferentes previsões normativas que autorizaram, em maior ou menor medida, o processamento e julgamento de causas de competência federal pela Justiça Estadual. Houve, pois, ora um alargamento, ora um arrefecimento, de tais hipóteses normativas.

Nessa toada, o presente artigo mira examinar o atual estágio da delegação da competência federal, especialmente com o advento da EC nº 103/2019.

O objetivo geral do estudo é, pois, examinar o impacto jurídico que a aprovação da EC nº 103/2019 e da Lei nº 13876/2019 provocou na competência da Justiça Federal, em particular na delegação para a Justiça Estadual no que concerne às hipóteses distintas das causas previdenciárias. Estima-se que o estudo se justifica por sua relevância, sobretudo porque notória maioria dos estudos elaborados sobre a EC nº 103/2019 foca na repercussão em matéria previdenciária, propondo-se o presente artigo a avançar na discussão acerca do impacto jurídico em demandas de outras naturezas. Sem prejuízo, objetiva-se examinar criticamente também o impacto social da referida alteração normativa, em especial no acesso à Justiça dos cidadãos.

O artigo apresenta, ainda, como objetivos específicos proceder a um levantamento da evolução histórica da competência da Justiça Federal, bem como uma análise comparativa entre a disciplina da delegação de competência federal antes e depois da aprovação da EC nº 103/2019.

Para a consecução dos objetivos propostos, a pesquisa foi baseada em levantamento bibliográfico, com teor documental, respaldada em doutrinas, artigos e jurisprudência, valendo-se do método dedutivo.

O artigo é composto por seis seções, incluindo a presente introdução e suas considerações finais. A seção 2 é dedicada a traçar um histórico das hipóteses de delegação da competência federal antes da EC nº 103/2019. Noutro giro, a seção 3 versa sobre as hipóteses existentes após o advento da EC nº 103/2019. A seção 4 se destina a abordar os principais e mais relevantes aspectos teóricos, de natureza

processual e constitucional, relacionados à natureza da delegação de competência. Por fim, a seção 5 é reservada a abordar os impactos, jurídico e social, da alteração normativa no campo da delegação da competência federal.

Enfim, diante da alteração constitucional trazida pela EC 103/2019, verificou-se a existência de reflexos na competência federal delegada, o que desperta a seguinte indagação: “as hipóteses então existentes que autorizavam a delegação da competência federal em matéria diversa da previdenciária (v.g. produção antecipada de provas) permanecem juridicamente válidas à luz da nova redação do art. 109 da Constituição Federal?”. Ao final espera-se verificar se subsiste a delegação da competência federal nas referidas hipóteses e quais as consequências referentes à matéria previdenciária (v.g. antecipação de provas de natureza previdenciária), o que nos conduz a outra indagação: “qual a consequência para a sociedade em geral das transformações legislativas levadas a cabo pela EC 103/2019?”. É o que se pretende investigar nas linhas que se seguem.

2 HISTÓRICO E HIPÓTESES NO CENÁRIO ANTERIOR À EC nº 103/2019

É importante traçar, desde já, um histórico sobre a evolução do tratamento legal conferido à competência da Justiça Federal, consignando que se trata de ramo especializado da Justiça, razão pela qual sua competência é taxativa, ou seja, restrita às hipóteses enumeradas pelo constituinte. Destarte, a inclusão ou a restrição de determinada hipótese no rol de competência da Justiça Federal traz consigo uma escolha de política legislativa. Noutros termos, não é aleatoriamente que se estabelece que uma determinada causa é de competência da Justiça Federal. Do mesmo modo, a delegação da competência à Justiça Estadual igualmente depende de autorização (direta ou indireta) no texto da Constituição. Assim, a inclusão ou exclusão da delegação da competência federal de determinada causa também revela critérios de política legislativa. É de se esperar que a autorização para delegação da competência federal se justifique sem prejuízos ao acesso à Justiça. Consequentemente, a alteração do cenário fático certamente repercutirá na readequação das hipóteses de delegação de competência. Por isso, revela-se

Revista Juscontemporânea, Rio de Janeiro, v.2, p.1-37, set. 2021/ago. 2022

importante lançar luz sobre as mudanças históricas da matéria, justamente para se entender como o tratamento legal não é rígido, e sim fluido, a depender das alterações fáticas que acontecerem no seio da sociedade.

Estabelecidas estas premissas, importa consignar que a Justiça Federal foi criada pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890 (BRASIL, 1890), referendada pela primeira Constituição da República brasileira, de 24 de fevereiro de 1891 (BRASIL, 1891) e extinta pela Constituição do Estado Novo de 1937 (BRASIL, 1937).

Posteriormente, a Constituição de 1946 (BRASIL, 1946) recriou a Justiça Federal de segundo grau, composto pelo Tribunal Federal de Recursos (TFR), sem, contudo, restabelecer a primeira instância da jurisdição federal. Àquele tempo, o juiz estadual julgava as causas em primeiro grau e, a depender da matéria, eventual recurso era direcionado à Justiça Estadual (Tribunal de Justiça) ou Federal (TFR).

Nesse sentido:

A Constituição de 1946 recriou apenas a 2ª instância da Justiça Federal — o Tribunal Federal de Recursos, composto de 9 juízes, que integrava o Poder Judiciário Nacional juntamente com o Supremo Tribunal Federal, os juízes e tribunais militares, os juízes e tribunais eleitorais e os juízes e tribunais do trabalho. Destaque-se o ressurgimento da Justiça Eleitoral, a constitucionalização da Justiça do Trabalho e a utilização do termo "Poder Judiciário Nacional", que excluiu a Justiça Estadual — seguindo o raciocínio de que cada Estado constituiria seu Poder Judiciário próprio. A jurisdição anteriormente atribuída à Justiça Federal de 1ª instância continuou sendo exercida pelos juízes de Direito dos Estados e do Distrito Federal; situação paradoxal, pois os juízes estaduais passaram a ter dupla natureza — estadual e federal. Assim bem observa José Maurício de Almeida: (...) malgrado sua origem estadual, os juízes subordinados aos tribunais dos estados-membros faziam as vezes de "juízes federais". Os recursos cabíveis nas causas de interesse da União seriam da competência do Tribunal Federal de Recursos, bem como as decisões denegatórias de habeas corpus proferidas por juízes locais, e aquelas proferidas em mandados de segurança, originariamente quando a autoridade coatora fosse ministro de Estado, o próprio Tribunal ou o seu presidente, ou em grau de recurso quando a autoridade fosse federal (art. 104, I e II). (BRASIL, 1999).

A Justiça Federal de primeira instância foi recriada pelo Ato Institucional nº 02, de 27 de outubro de 1965 (BRASIL, 1965). Em seguida, a Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966 (BRASIL, 1966), organizou a Justiça Federal de primeiro grau.

Nessa lei foram estabelecidas diversas atribuições disciplinares dos juizes federais. As varas federais só deveriam existir no interior do Estado quando houvesse mais de uma vara na capital — à Justiça Estadual foi delegada competência para julgamento dos executivos fiscais, das vistorias, das justificações e das matérias de natureza previdenciária nas comarcas do interior sem vara federal (até 1968 não havia varas federais no interior). (BRASIL, 1999)

Convém transcrever o artigo 15 da referida lei, em sua redação original, *verbis*:

Art. 15. Nas Comarcas do interior onde não funcionar Vara da Justiça Federal (artigo 12), os Juizes Estaduais são competentes para processar e julgar: I - os executivos fiscais da União e de suas autarquias, ajuizados contra devedores domiciliados nas respectivas Comarcas; II - as vistorias e justificações destinadas a fazer prova perante a administração federal, centralizada ou autárquica, quando o requerente fôr domiciliado na Comarca; e III - os feitos ajuizados contra instituições previdenciárias por segurados ou beneficiários residentes na Comarca, que se referirem a benefícios de natureza pecuniária (BRASIL, 1966).

O Decreto-Lei nº 30, de 1966, acrescentou o inciso IV do artigo 15 à citada lei, com a seguinte previsão:

IV - as ações de qualquer natureza, inclusive os processos acessórios e incidentes a elas relativos, propostas por sociedades de economia mista com participação majoritária federal contra pessoas domiciliadas na Comarca, ou que versem sobre bens nela situados (BRASIL, 1966).

Finalmente, em 1967 a Justiça Federal de primeira instância voltou a ter assento no texto constitucional. Nesse sentido, o artigo 119 da Constituição Federal de 1967 (BRASIL, 1967) delimitou, nos incisos do *caput*, as matérias de competência da Justiça Federal, ao passo que o § 3º previa que “A lei poderá permitir que a ação fiscal seja proposta noutro foro, e atribuir ao Ministério Público estadual a representação judicial da União”.

Na mesma trilha, a Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969 (BRASIL, 1969), arrolou as matérias de competência da Justiça Federal de primeiro grau em seu artigo 125, e reproduziu no artigo 126 a previsão de que “A lei poderá permitir que a ação fiscal e outras sejam promovidas no fôro de Estado ou Território e atribuir ao Ministério Público respectivo a representação judicial da União”.

Como se vê, pois, o artigo 15 da Lei nº 5.010/66 (BRASIL, 1966), editada ao tempo em que a competência da Justiça Federal de primeira instância não era prevista na Constituição então vigente, justamente porque inexistente ao tempo da promulgação da Constituição de 1946 (BRASIL, 1946), foi posteriormente recepcionado pela ordem constitucional de 1967/69 (BRASIL, 1969).

A par da previsão de autorização legal para ajuizamento de causas de competência federal na Justiça Estadual (artigo 126), a Emenda Constitucional nº 01/69 (BRASIL, 1969) previu no próprio texto constitucional hipóteses de automática delegação de competência federal, independente da edição de lei infraconstitucional. Com efeito, o §4º do artigo 125 previa que “Nos portos e aeroportos onde não existir vara da justiça federal, serão processadas perante a justiça estadual as ratificações de protestos formados a bordo de navio ou aeronave”, ao passo que o §3º do mesmo artigo 125 estabelecia que:

Processar-se-ão e julgar-se-ão na justiça estadual, no fôro do domicílio dos segurados ou beneficiários as causas em que fôr parte instituição de previdência social e cujo objeto fôr benefício de natureza pecuniária, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal. (BRASIL, 1969)

Com o advento da atual Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), não houve reprodução do comando então inserto no artigo 125, §4º, do texto revogado (ratificações de protestos formados a bordo de navio ou aeronave). De outra banda, o constituinte de 88 manteve a delegação de competência federal, de forma automática, diretamente pelo próprio texto constitucional, no tocante às demandas previdenciárias.

De fato, o §3º do artigo 109 da Constituição Federal de 1988, em sua redação original, previa, em sua parte inicial, *in verbis*: “Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal”.

Portanto, o próprio texto constitucional já estabelecia, diretamente, que as causas ajuizadas em desfavor do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia federal, portanto, de competência da Justiça Federal (*ex vi* do inciso I do Revista Juscontemporânea, Rio de Janeiro, v.2, p.1-37, set. 2021/ago. 2022

artigo 109 da Constituição Federal), seriam processadas e julgadas na Justiça Estadual “sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal”.

Repita-se, a própria Constituição já autorizava a delegação de competência federal para a Justiça Estadual, independentemente da edição de lei infraconstitucional. A previsão se justificava na medida em que as causas de natureza previdenciária, pelo considerável volume de demandas ajuizadas e, também, pelo perfil usual dos demandantes, especialmente pessoas com idade mais avançada e com renda mínima aproximada de 1 (um) salário-mínimo, reclamavam mecanismos eficientes de acesso da população à Justiça.

Noutro giro, a parte final do § 3º do artigo 109 da Constituição Federal, em sua redação original (BRASIL, 1988), previa, *in verbis*: “e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual”. Diferentemente, por tal previsão, estava o legislador infraconstitucional autorizado a editar uma lei permitindo que causas de natureza diversa da previdenciária sejam também processadas e julgadas pela Justiça Estadual “sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal”.

Como se vê, para tais hipóteses, a par da autorização genérica contida no artigo 109, § 3º, *in fine*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), era imprescindível a existência de autorização específica em lei.

Em síntese panorâmica, portanto, duas eram as modalidades de delegação de competência federal:

a) delegação específica autoexecutável: a delegação era franqueada diretamente pelo próprio texto constitucional, razão pela qual independia da edição de posterior complemento normativo via legislação infraconstitucional.

Essa primeira espécie estava abrigada na parte inicial do § 3º do artigo 109 da Constituição Federal, norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, e comportava as “as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado”³.

³ Como visto, ao tempo da edição da Lei nº 5.010/66 (BRASIL, 1966) inexistia previsão constitucional no texto da Constituição de 1946 referente à competência da Justiça Federal de primeiro grau, somente recriada, após extinta em 1937, pelo AI-2, em 1965 (BRASIL, 1965). No cenário constitucional inaugurado pela Constituição Federal de 1988 há previsão expressa inserta na parte inicial do § 3º do artigo 109 permitindo, de forma autoaplicável, a delegação de competência federal Revista Juscontemporânea, Rio de Janeiro, v.2, p.1-37, set. 2021/ago. 2022

Em que pese o emprego dos termos *'instituição de previdência social'* e *'segurado'* conduzir à conclusão de que a redação dizia respeito às causas de natureza previdenciária, ajuizadas pelo segurado (qualidade daquele que é filiado ao INSS, nos termos dos artigos 11 a 15 da Lei nº 8.213/91) em face do INSS, autarquia previdenciária, importa registrar que a doutrina e a jurisprudência já incluíam em tal categoria também as causas de natureza assistencial. Afinal, malgrado a Assistência Social não se confunda com a Previdência Social, na medida em que não apresenta caráter contributivo, não se olvida que a gestão administrativa do sistema de Assistência Social foi incumbida à autarquia previdenciária, por força da Lei nº 8.742/93. De fato, sempre foi pacífico o entendimento que autorizava o ajuizamento de demandas contra o INSS visando ao recebimento do benefício assistencial de prestação continuada (BPC), previsto no artigo 20 da LOAS, perante a Justiça Estadual, quando o requerente não residia em comarca que fosse sede de vara federal. Nesse sentido, aliás, é o teor da súmula nº 22 do TRF da 3ª Região, *in verbis*: "É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS".

A propósito, igualmente conferindo interpretação extensiva ao comando inserto na parte inicial do § 3º do artigo 109 da Constituição Federal, eis o teor da súmula nº 20 do mesmo TRF-3, *in verbis*: "A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da previdência social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição".

Noutro giro, restringindo o alcance da norma, o Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 860.508-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 08/03/2021, editou a seguinte tese no Tema nº 820 da repercussão geral, *in verbis*: "A competência prevista no §3º do artigo 109 da Constituição Federal, da Justiça comum, pressupõe inexistência de Vara Federal na Comarca do domicílio do

nas causas previdenciárias. Consequentemente, exsurgia desnecessária a previsão infraconstitucional contida no inciso III do artigo 15 da Lei nº 5.010/66 (*"Nas Comarcas do interior onde não funcionar Vara da Justiça Federal (artigo 12), os Juizes Estaduais são competentes para processar e julgar os feitos ajuizados contra instituições previdenciárias por segurados ou beneficiários residentes na Comarca, que se referirem a benefícios de natureza pecuniária"*), na medida em que a autorização estava contida no próprio texto constitucional, independentemente de previsão em lei ordinária. Revista Juscontemporânea, Rio de Janeiro, v.2, p.1-37, set. 2021/ago. 2022

segurado” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021). Em suma, segundo a interpretação conferido pelo E. STF ao §3º do artigo 109 da Constituição Federal, não importa que no local da residência do segurado não exista vara federal, sendo relevante, isto sim, perquirir se na Comarca existe vara federal.

b) delegação genérica não autoexecutável: noutra vertice, tal espécie, então agasalhada pela parte final do §3º do artigo 109 da Constituição Federal, dependia de lei ordinária para se tornar eficaz.

Vale dizer, para que ocorra a delegação de competência federal era imprescindível a edição de lei específica autorizando as respectivas hipóteses.

A Constituição conferia faculdade ao legislador infraconstitucional de editar lei elencando hipóteses nas quais fica permitido o ajuizamento de demandas de natureza federal perante a Justiça Estadual. Sistemáticamente, eis as hipóteses de competência federal delegada⁴:

(i) execuções fiscais ajuizadas pela União, autarquias ou fundações federais (inciso I do artigo 15 da Lei nº 5.010/66);

(ii) vistorias e justificações quando destinadas a fazer prova perante a Administração Pública federal (inciso II do artigo 15 da Lei nº 5.010/66)⁵;

(iii) usucapião especial incidente em terras devolutas federais, caso em que a competência será da Justiça Estadual da situação do imóvel caso não haja Vara Federal na localidade (artigo 4º, §1º, Lei nº 6.969/81), prevalecendo a competência

⁴ Nada obstante a previsão contida no inciso III do artigo 15 da Lei nº 5.010/66 (BRASIL, 1966) conduzir o intérprete ao entendimento de que um exemplo de delegação de competência federal dizia respeito às “ações de qualquer natureza, inclusive os processos acessórios e incidentes a elas relativos, propostas por sociedades de economia mista com participação majoritária federal contra pessoas domiciliadas na Comarca, ou que versem sobre bens nela situados”, trata-se de conclusão equivocada, justamente porque, no contexto do ordenamento jurídico-constitucional pós-1988, não há na espécie competência da Justiça Federal, na medida em que, à luz do inciso I do artigo 109 da Constituição Federal (que cita “a União, entidade autárquica ou empresa pública federal”, mas é silente quanto às sociedades de economia mista federais), as causas ajuizadas por ou contra sociedades de economia mista não são de competência da Justiça Federal, mas sim da Justiça Estadual. Nesse sentido, inclusive, o teor da Súmula nº 42 do E. STJ, *in verbis*: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento”.

⁵ Reafirmando a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento das ações de justificação, de jurisdição voluntária, ressalvando, porém, a hipótese de delegação de competência para a Justiça Estadual, diz a Súmula nº 32 do E. STJ, *in verbis*: “Compete à Justiça Federal processar justificações judiciais destinadas a instruir pedidos perante entidades que nela tem exclusividade de foro, ressalvada a aplicação do art. 15, II da Lei nº 5010/66”.

Revista Juscontemporânea, Rio de Janeiro, v.2, p.1-37, set. 2021/ago. 2022

do foro da situação do imóvel, inclusive na Justiça Estadual se não for sede de Vara Federal, mesmo se a União ou outro ente federal intervir na causa⁶; e

(iv) ação probatória autônoma visando à obtenção antecipada de provas (§4º do art. 381 do Código de Processo Civil: “o juízo estadual tem competência para produção antecipada de prova requerida em face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal”).

No mesmo sentido é a sistematização que a doutrina especializada conferia sob a égide da redação original do art. 109, §3º, da CF (BRASIL, 1988). A ver:

Releva consignar que a primeira parte do § 3º do art. 109 da CF contém *atribuição específica* de competência, assim entendida aquela relacionada às causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sem qualquer condição ulterior. Isto significa que o dispositivo mencionado veicula norma autoaplicável, tendo em vista que sua eficácia não é subordinada à edição de lei, sendo, pela mesma razão, de índole cogente. O mesmo não ocorre com a parte final da regra em comento, posto expressamente mencionar que, “verificada esta condição” (inexistência de vara federal sediada na comarca), “a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual”. Daí se depreende que a determinação constitucional não é autoaplicável, dependendo de determinação legal para sua completa eficácia. Tal circunstância conduz à conclusão de que o exercício dessa *atribuição genérica* é facultativo, conforme determinar a vontade e conveniência do legislador ordinário. (PERRINI, 2012, p. 263-264) (itálico no original)

No mesmo sentido, leciona Vladimir Souza CARVALHO (2012, p. 275-276):

É específica e genérica. A delegação é específica na hipótese da parte primeira do § 3º do art. 109, que cuida única e exclusivamente das ações envolvendo o segurado ou beneficiário e o órgão de previdência social. A delegação é genérica na vertente da parte segunda do § 3º do art. 109, ao se referir a outras causas, no que abre um leque infinito de ações que a lei ordinária poderá atribuir à Justiça Estadual do interior onde não funciona sede de vara do juízo federal. A delegação específica é autoexecutável. A norma constitucional já a tornou realidade, independente de lei infraconstitucional. A delegação genérica não é autoexecutável. Necessário o diploma comum para a sua concretização. A lei ordinária é que vai enumerar os casos, injetando, dessa forma, o sangue no texto maior, permitindo que a norma nele inserida ganhe vida e se movimente. [...] A delegação genérica é facultativa, deixando a critério do legislador ordinário utilizá-la ou não, a depender da conveniência que se ditar. A delegação específica e obrigatória, dela não podendo a lei comum discordar.

⁶ Nesse sentido é a dicção da Súmula nº 11 do E. STJ: “A presença da União ou de qualquer de seus entes, na ação de Usucapião especial, não afasta a competência do foro da situação do imóvel”. Revista Juscontemporânea, Rio de Janeiro, v.2, p.1-37, set. 2021/ago. 2022

Na hipótese de delegação não autoexecutável a lei poderá (trata-se de juízo discricionário) permitir a delegação de competência federal. Conseqüentemente, a lei poderá, também, revogar anterior permissão legal ou voltar a autorizar. Inclusive, foi o que se verificou com a edição da Lei nº 13.043/2014 (BRASIL, 2014), que revogou a autorização contida no inciso I do artigo 15 da Lei nº 5.010/66, de sorte que, a partir de então, as execuções fiscais da União e de suas autarquias não mais puderam ser processadas e julgadas pela Justiça Estadual.

Aliás, em sede de direito intertemporal, o art. 75 da Lei nº 13.043/2014 (BRASIL, 2014) esclareceu que a revogação do inciso I do art. 15 da Lei nº 5.010/66 “não alcança as execuções fiscais da União e de suas autarquias e fundações públicas ajuizadas na Justiça Estadual antes da vigência desta Lei”.

No particular, convém registrar que a revogação foi ao encontro do que já sufragava a doutrina especializada, que percebia, àquele tempo, que a delegação de competência já não mais se justificava ante a superveniência de alteração no cenário fático, mormente diante do crescimento gradativo da interiorização da Justiça Federal nos últimos tempos. Senão, vejamos:

Em que pese tal sistemática se encontre vigente há largo tempo, não são poucas as vozes que criticam a efetividade e conveniência da competência delegada, seja pela natural dificuldade das já sobrecarregadas Varas Estaduais em processar o volumoso montante das execuções da União, seja porque a Justiça Federal capilarizou-se significativamente nos últimos anos, atingindo maior gama de municípios, seja pelo fato de o juízo estadual (compreensivelmente, vez que já aprecia amplo espectro de matérias afetas à jurisdição estadual) não possuir formação específica para análise de tributação federal – e, não raro, matérias muito particulares são veiculadas pelo contribuinte em embargos à execução fiscal, por exemplo -, seja pelos custos adicionais aos entes federais, dentre outros problemas. (...) (GONÇALVES, Eduardo Rauber. *Execução fiscal aplicada*. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 72-73).

Nessa mesma linha de raciocínio, recentemente o Congresso Nacional editou a Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, que alterou o sistema de Previdência Social, motivo pelo qual ficou conhecida como “Reforma da Previdência”, e, dentre outras disposições, alterou significativamente a redação do § 3º do artigo 109 da Constituição Federal, modificando sobremaneira o regime de delegação de competência federal para a Justiça Estadual, como se verá a seguir. Revista Juscontemporânea, Rio de Janeiro, v.2, p.1-37, set. 2021/ago. 2022

Trata-se de norma aprovada em contexto político marcado pela assunção de novo governo, eleito com a promessa de estabelecer reformas, e em contexto econômico caracterizado por acentuada retração. Ao fim e ao cabo, foi aprovada a emenda, que “veicula uma dura reforma previdenciária” (AMADO, 2020, p. 25).

3 A DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA FEDERAL NO CENÁRIO POSTERIOR À EC nº 103/2019

Na trilha dos motivos enunciados no trecho transcrito acima, notadamente o notável avanço da interiorização da Justiça Federal nos tempos atuais, bem como a maior especialização e aproximação dos Juízes Federais quanto à matéria previdenciária, foi editada a Lei nº 13.876, de 20 de setembro de 2019, cujo artigo 3º alterou a redação do *caput* e inciso III do artigo 15 da Lei nº 5.010/66, incluindo o §2º no referido dispositivo, nos seguintes moldes, *in verbis*:

Art. 15. Quando a Comarca não for sede de Vara Federal, poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual:

[...]

III - as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado e que se referirem a benefícios de natureza pecuniária, quando a Comarca de domicílio do segurado estiver localizada a mais de 70 km (setenta quilômetros) de Município sede de Vara Federal;

[...]

§ 2º Caberá ao respectivo Tribunal Regional Federal indicar as Comarcas que se enquadram no critério de distância previsto no inciso III do **caput** deste artigo. (BRASIL, 1966)

Em 12 de novembro de 2019, foi editada a Emenda Constitucional de nº 103/2019 (BRASIL, 2019), que alterou o §3º do artigo 109 da Constituição Federal da seguinte forma, *in verbis*:

§ 3º Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal. (BRASIL, 1988)

Duas principais observações logo se despontam após a leitura da nova redação do §3º do artigo 109 da Constituição Federal, supratranscrito, em cotejo Revista Juscontemporânea, Rio de Janeiro, v.2, p.1-37, set. 2021/ago. 2022

com a redação original que constava do dispositivo ao tempo da aprovação da Constituição de 1988: (i) na redação original, a delegação de competência para as causas previdenciárias era autoexecutável, isto é, exequíveis diretamente por força da norma constitucional, independentemente da edição de lei ordinária; de outra banda, com a nova redação, a delegação de competência para as causas previdenciárias passa a ser não autoexecutável, razão pela qual não basta a previsão constitucional, sendo imprescindível a existência de lei infraconstitucional que garante eficácia à competência delegada; e (ii) como dito, na redação original, o mesmo §3º do artigo 109 da Constituição Federal comportava duas partes distintas, a primeira prevendo hipótese de delegação autoexecutável (causas de natureza previdenciária) e a segunda prevendo hipótese de delegação não autoexecutável mediante lei ordinária regulamentar (causas de natureza diversa da previdenciária); diversamente, após a EC nº 103/2019 (BRASIL, 2019b) já não existem mais as citadas duas partes, tendo havido a supressão da parte que outrora possibilitava a delegação não autoexecutável para outras causas diversas da previdenciária, bem como a alteração da previsão de delegação de competência para processamento e julgamento de causas previdenciárias, tornando-a não autoexecutável, conforme item anterior.

A modificação da natureza da delegação de competência para as causas de natureza previdenciária, que deixaram de ser autoexecutáveis e passaram a depender da edição de lei ordinária (não autoexecutáveis), despertou interessantes debates na doutrina.

A questão ganha especial colorido quando observado que a alteração do inciso III do artigo 15 da Lei nº 5.010/66 pela Lei nº 13.876/2019 (BRASIL, 2019a) ocorreu dias antes (20/09/2019) da alteração do § 3º do artigo 109 da Constituição Federal pela EC nº 103/2019 (BRASIL, 2019b) (12/11/2019).

Ora, se considerado que ao tempo da edição da Lei nº 13.876/2019 (BRASIL, 2019a) o §3º do artigo 109 da Constituição Federal autorizava, expressa e diretamente por força do próprio texto constitucional, a delegação de competência federal para a Justiça Estadual, sendo, pois, desnecessária a previsão do inciso III do artigo 15 da Lei nº 5.010/66 (cf. nota de rodapé nº 5, *supra*), por se tratar de norma

Revista Juscontemporânea, Rio de Janeiro, v.2, p.1-37, set. 2021/ago. 2022

constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, é forçoso reconhecer que a lei ordinária (Lei nº 13.876, BRASIL, 2019), ao alterar o inciso III do artigo 15 da Lei nº 5.010/66 (BRASIL, 1966), para excluir da autorização de delegação as causas ajuizadas por segurado que resida em Comarcas que estejam localizada a mais de 70 km (setenta quilômetros) de Município sede de Vara Federal, acabou por limitar o alcance da norma originária do §3º do artigo 109 da CF (BRASIL, 1988), que, frise-se, dispensava complemento normativo.

Uma interpretação possível para tal imbróglio é entender que a alteração do inciso III do artigo 15 da Lei nº 5.010/66 pela Lei nº 13.876/2019 (BRASIL, 2019a) é evitada de inconstitucionalidade, na medida em que a lei ordinária restringiu a eficácia de norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Consequentemente, inexistindo no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da constitucionalização superveniente, mesmo com a posterior vigência da nova redação do § 3º do artigo 109 da CF conferida pela EC nº 103/2019 (BRASIL, 2019b), o novo artigo 15, inciso III, da Lei nº 5.010/66 é inconstitucional e não poderia sequer ser recepcionado pelo novo parâmetro constitucional inaugurado pela EC nº 103/2019.

É o que entende Amado (2020, p. 189):

Avaliando o texto constitucional originário (23/9/2019) no dia da publicação da Lei 13.876/2019 e antes da reforma constitucional, nota-se que houve uma indevida restrição à competência jurisdicional delegada, não existindo no Brasil o fenômeno da constitucionalidade superveniente.

Ainda que juridicamente coerente, essa linha interpretativa conduziria à irrefutável conclusão de atual impossibilidade prática de qualquer processamento e julgamento de causa previdenciária pela Justiça Estadual. Isso porque atualmente, já se disse, por força da nova redação do §3º do artigo 109 da CF dada pela EC nº 103/2019 (BRASIL, 2019b), mesmo a competência delegada para causas previdenciárias reclama complemento legal, de sorte que em sendo tal complemento normativo (*in casu*, artigo 15, inciso III, da Lei nº 5.010/66, na redação dada pela Lei nº 13.876/2019) inconstitucional, na prática inexistiria a necessária autorização normativa para efetivação da delegação de competência federal. Justamente por conta da temerária consequência prática da leitura anterior, outra interpretação que Revista Juscontemporânea, Rio de Janeiro, v.2, p.1-37, set. 2021/ago. 2022

tenciona compatibilizar a primeira alteração infraconstitucional operada no inciso III do artigo 15 da Lei nº 5.010/66 pela Lei n 13.876/2019 (BRASIL, 2019a) com a posterior alteração constitucional operada no §3º do artigo 109 da Constituição Federal por força da EC nº 103/2019 (BRASIL, 2019b), advoga a tese de que a norma da parte inicial do §3º do artigo 109 da Constituição Federal em sua redação original, mormente após o aumento considerável da capilaridade da Justiça Federal no interior do território brasileiro, passou a ter a natureza de norma constitucional de eficácia contida (e não de eficácia plena), portanto, de eficácia imediata, porém restringível no plano infraconstitucional.

A bem dizer, a depender da alteração do cenário fático, notadamente acaso haja completa e integral interiorização da Justiça Federal, nada obstará, inclusive, que o legislador ordinário viesse a suprimir, *in totum*, a competência delegada. Nesse sentido, ao tempo da redação original do § 3º do artigo 109 da Constituição Federal (anterior, pois, à EC nº 103/2019), a delegação de competência para causa previdenciária seria autoexecutável, portanto, independeria de complemento por norma legal, porém, poderia ter a sua eficácia restringida pela norma legal.

Desse modo, o inciso III do artigo 15 da Lei nº 5.010/66 com a redação dada pela Lei nº 13.876/2019 (BRASIL, 2019a) era constitucional ao tempo de sua edição, servindo para restringir o âmbito de eficácia do primitivo §3º do artigo 109 da CF, e foi recepcionado pelo novo §3º do artigo 109 da CF na redação dada pela EC nº 103/2019, a partir de então servindo como complemento normativo infraconstitucional que dá eficácia à previsão constitucional de eficácia limitada.

Nesse sentido:

A interpretação correta do art. 109, § 3º, da CF/88 – tanto na antiga como na nova redação – não pode desconsiderar nem o crescimento e nem as limitações desse ramo do Poder Judiciário. Sob o enfoque sistemático, também não pode perder de vista a essência do instituto, justamente destinado a facilitar o acesso à tutela jurisdicional nos rincões do País. O Brasil é continental; a Justiça Federal, ainda não. Lado outro, seria de esperar uma gradual redução da delegação, justamente por não traduzir competência autêntica do órgão estadual. A delegação, caso perpétua, já não seria delegação e sim competência plena atribuída de forma heterogênea a órgão alheio às questões federais. Nesse panorama, parece razoável reinterpretar o citado art. 109, § 3º, da CF/88, no sentido de traduzir norma constitucional de eficácia contida: embora produza todos os

efeitos esperados pela ordem jurídica, a norma infraconstitucional poderá reduzir legitimamente o seu âmbito de incidência sem qualquer violação à Constituição. Desde que gradual, projetado e programado, não há empecilho constitucionalmente legítimo para o encerramento da competência delegada. (SCALABRIN, 2019, s/p)

Outro ponto que avoca candente controvérsia relativa à modificação das regras da delegação de competência federal para as causas de natureza previdenciária diz com o direito intertemporal, mais precisamente quanto ao início de vigência da norma do novo inciso III do artigo 15 da Lei nº 5.010/66 com a redação dada pela Lei nº 13.876/2019 (BRASIL, 2019a), o que ganha especial relevância quando observado que a lei de 2019 não contém qualquer dispositivo semelhante ao artigo 75 da Lei nº 13.043/2014 (BRASIL, 2014), ou seja, que esclarecesse acerca do início da vigência da nova sistemática por ela inaugurada.

Nesse toar, convém salientar que a Resolução nº 603, de 12 de novembro de 2019, do Conselho da Justiça Federal, que dispõe sobre o exercício da competência da Justiça Federal delegada nos termos das alterações promovidas pelo art. 3º da Lei 13.876/2019, prevê que

as ações, em fase de conhecimento ou de execução, ajuizadas anteriormente a 1º de janeiro de 2020, continuarão a ser processadas e julgadas no juízo estadual, nos termos em que previsto pelo § 3º do art. 109 da Constituição Federal, pelo inciso III do art. 15 da Lei n. 5.010, de 30 de maio de 1965, em sua redação original, e pelo art. 43 do Código de Processo Civil. (BRASIL, 2019)

O entendimento foi referendado pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (2020), que no julgamento do CC nº 170.051/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, nos termos do Acórdão publicado no DJe de 25/9/2020, admitiu o Incidente de Assunção de Competência IAC nº 6 e, em decisão final de mérito, editou a seguinte tese:

Os efeitos da Lei nº 13.876/2019 na modificação de competência para o processamento e julgamento dos processos que tramitam na Justiça Estadual no exercício da competência federal delegada insculpido no art, 109, § 3º, da Constituição Federal, após as alterações promovidas pela Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019, aplicar-se-ão aos feitos ajuizados após 1º de janeiro de 2020. As ações, em fase de conhecimento ou de execução, ajuizadas anteriormente a essa data,

Revista Juscontemporânea, Rio de Janeiro, v.2, p.1-37, set. 2021/ago. 2022

continuarão a ser processadas e julgadas no juízo estadual, nos termos em que previsto pelo § 3º do art. 109 da Constituição Federal, pelo inciso III do art. 15 da Lei n. 5.010, de 30 de maio de 1965, em sua redação original.

A par da modificação relativa à delegação de competência para as causas de natureza previdenciária, que, como dito alhures, vem despertando atenção da doutrina, o presente ensaio mira na outra modificação encetada pela EC nº 103/2019 (BRASIL, 2019b), que, diversamente, ainda não mereceu o devido cuidado da Doutrina. Com efeito, a EC nº 103/2019 acabou por eliminar, *in totum*, qualquer referência à possibilidade de edição de lei ordinária para autorização da delegação de competência federal em outras causas de natureza diversa da previdenciária.

Nesse ponto, calha transcrever novamente o novo § 3º do artigo 109 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 103/2019:

§ 3º Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal. (BRASIL, 1988)

Ora, como se vê, o dispositivo franqueia à lei ordinária a possibilidade de autorizar a delegação de competência federal para a Justiça Estadual nas causas “em que forem parte instituição de previdência social e segurado” (causas de natureza previdenciária e que visem à concessão de benefício assistencial cuja gestão incumba ao INSS). E só. Observa-se, pela literalidade do novo §3º do artigo 109 da Constituição Federal, que não há espaço para que a lei possa autorizar a competência delegada em causas outras que não aquelas “em que forem parte instituição de previdência social e segurado” (BRASIL, 1988).

Uma primeira – e mais simples – conclusão que se pode extrair do dispositivo é a impossibilidade de nova lei infraconstitucional prever hipótese inédita de delegação de competência federal, diversa da matéria previdenciária. Acaso isso aconteça, isto é, seja editada novel lei ordinária prevendo nova hipótese de delegação da competência, irrefutavelmente tal lei estará eivada de inconstitucionalidade, eis que editada sem correspondência a norma genérica assentada no texto da Constituição Federal.

Uma segunda – esta sim, mais tortuosa – questão versa acerca do destino jurídico a ser dado às hipóteses de competência delegada diversas das causas previdenciárias já existentes no ordenamento jurídico brasileiro antes da vigência da EC nº 103/2019 (BRASIL, 2019b). Noutras palavras, com a superveniência da citada Emenda Constitucional, é de se perquirir se subsistem as referidas hipóteses, isto é, se foram recepcionadas pelo novo parâmetro constitucional, ou se, ao contrário, culminaram por serem revogadas pela nova ordem constitucional inaugurada após a EC nº 103/2019.

Relembre-se que com a revogação do inciso I do artigo 15 da Lei nº 5.010/66 pela Lei nº 13.043/2014 (BRASIL, 2014), três são (eram) as hipóteses de competência federal delegada diversas das causas previdenciárias: vistorias e justificações quando destinadas a fazer prova perante a Administração Pública federal; usucapião especial em terras devolutas federais; e ação probatória autônoma visando à obtenção antecipada de provas.

Tomada a ação de produção antecipada de provas como exemplo, o que se discute, em termos teóricos, é se o §4º do artigo 381 do Código de Processo Civil/15 foi recepcionado pela EC nº 103/2019 (BRASIL, 2019b). E em termos práticos, o que se discute é se subsiste hodiernamente, no corrente ano de 2022, a possibilidade de propositura de ação de produção antecipada de prova requerida em face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal, perante a Justiça Estadual.

De fato, o presente artigo se concentra na hipótese de delegação da competência federal nas causas diversas da previdenciária. A questão de pesquisa, problematizada no presente artigo é: “as hipóteses então existentes que autorizavam a delegação da competência federal em matéria diversa da previdenciária (v.g. produção antecipada de provas) permanecem juridicamente válidas à luz da nova redação do art. 109 da Constituição Federal?”.

Para um melhor equacionamento de tal questão, necessário se faz percorrer algumas lições da processualística cível, notadamente quanto à natureza jurídica da delegação de competência federal, e, também, lições de Direito Constitucional, que se colocarão em evidência para uma escorreita resposta jurídica acerca da atual

condição (recepcionadas ou revogadas) das hipóteses de competência federal delegada diversas das causas previdenciárias.

4 DA COMPETÊNCIA DELEGADA

O conceito de competência apresentado pela Doutrina leva em consideração a Jurisdição, definindo-a como medida ou quantidade desta. Contudo, a literatura atual tem apontado que este conceito se encontra superado, porque confunde competência e jurisdição.

Assim, atualmente conceitua-se competência como sendo a limitação do exercício legítimo da jurisdição (GRECO FILHO, 2007). Esclarece o argumento o fato de que juiz, ainda que incompetente, exerce sua jurisdição, ainda que de forma ilegítima, tanto que pode aplicar o princípio *Kompetenz Kompetenz*, que permite ao órgão incompetente declarar a própria incompetência. Como se percebe, ainda que incompetente, exercerá jurisdição, apta a produzir efeitos.

A jurisdição, portanto, é exercida por todos os juízes e tribunais, a teor do art. 16 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), todavia, o exercício legítimo ocorrerá conforme as regras de distribuição de competência. A Doutrina identifica dois objetivos a serem atingidos pelas regras de competência, sendo a organização das tarefas e a racionalização do trabalho (NEVES, 2019).

A distribuição de competência encontra-se correlacionada a dois princípios, como adverte o mestre lusitano CANOTILHO (2002), a indisponibilidade e tipicidade, extraíndo-se da primeira que as competências constitucionalmente fixadas não podem ser transferidas para órgãos diferentes daqueles atribuídos pela Constituição, e a tipicidade é compreendida como determinação para que, como regra, as competências dos órgãos constitucionais sejam apenas as expressamente enumeradas pela Constituição (BRASIL, 1988).

A competência poderá ser fixada por norma Constitucional (Federal e Estadual), legislação infraconstitucional e normas de organização judiciária, como previsto no art. 44 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), a seguir transcrito:

Art. 44. Obedecidos os limites estabelecidos pela Constituição Federal, a competência é determinada pelas normas previstas neste Código ou em legislação especial, pelas normas de organização judiciária e, ainda, no que couber, pelas constituições dos Estados.

Como se evidencia pela leitura do dispositivo, as regras de definição de competência devem observar os limites da Constituição Federal, ou seja, devem guardar conformação com aquilo que se encontra previsto no vértice do ordenamento jurídico, sob pena de incorrer em eventual inconstitucionalidade.

Luiz DELLORE (2019) esclarece que não pode a legislação dispor de competência de forma distinta ao previsto na Constituição, deve esta servir de baliza principal para divisão de competências, sendo necessária autorização constitucional para a criação de novas regras de distribuição de competência.

A competência pode ser firmada a partir de ao menos cinco espécies, três de natureza absoluta e duas de natureza relativa. São absolutas as competências funcional, em razão da matéria e em razão da pessoa, sendo relativas as competências territorial e em relação ao valor da causa.

Como leciona a Doutrina, a competência da Justiça Federal será sempre fixada por normas de competência absoluta. As regras afeitas ao tema, encontram-se insculpidas na Constituição Federal (BRASIL, 1988), sobretudo no art. 109 quanto a competência de primeiro grau.

Interessa ao presente ensaio a previsão contida no art. 109, I, porquanto define a competência da Justiça Federal em razão da pessoa, e, portanto, absoluta.

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

Consoante dito alhures, o §3º do citado artigo, em sua atual redação, dispõe que Lei (portanto, não pode ser norma de organização judiciária) pode autorizar que "as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal".

O referido dispositivo, assim como a sua previsão anterior, cuida de espécie de competência por delegação. Segundo a Doutrina, a delegação de competência, que ocorrerá sempre quando houver expressa previsão legal, busca facilitar o acesso à justiça em hipóteses determinadas expressamente em lei (ou na Constituição) quando a ausência de vara federal obrigaria a parte a deslocar-se para foro competente, por vezes distante, o que revelaria violação ao princípio fundamental do acesso à justiça (NEVES, 2019).

Com efeito,

A Justiça Federal apenas nos últimos anos iniciou a sua expansão, com a criação e instalação de novas varas, várias delas localizadas nas principais cidades do interior. Essa nova etapa começou, principalmente, após a Constituição de 1988, coincidindo com a descentralização também no âmbito do segundo grau de jurisdição, a partir da instalação dos TRFs. Ao elaborar a Carta de 1988, teve em mente o legislador constituinte a manutenção de regras de competência que facilitassem o acesso à prestação jurisdicional, em termos de direitos de ação e de defesa, das pessoas domiciliadas em comarcas que não fossem sede de vara federal, nas causas atribuídas à Justiça Federal. Dessa preocupação resultou uma espécie de delegação para que a Justiça Estadual pudesse processar e julgar, no primeiro grau, as causas entre segurados ou beneficiários e instituição de previdência social e outras definidas por lei, mantendo-se, entretanto, a competência funcional dos Tribunais Regionais Federais. (MENDES, 2012, 126-127)

Esta circunstância não implica dizer que a competência da Justiça Federal seja afastada, transferindo-se a competência para a Justiça Estadual. Ao contrário, há manutenção da competência Federal, havendo apenas deslocamento temporário e contingencial para o exercício da competência federal pelo Juiz estadual, tanto, que os recursos serão sempre remetidos ao Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz estadual. Nesse sentido é o teor do § 4º do artigo 109 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que diz que “na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau”.

Esta hipótese revela competência de foros concorrentes a serem escolhidos pelo demandante, devendo optar entre a vara estadual da Comarca de seu domicílio ou a Vara Federal da seção judiciária da qual pertence a cidade em que é

domiciliado. No mesmo sentido, inclusive, são os enunciados da Súmula 689 do STF e Súmula nº 8 do Tribunal Regional Federal a 4ª Região, a seguir transcritos:

Súmula nº 689 do STF: O segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o Juízo Federal do seu domicílio ou nas Varas Federais da capital do Estado-membro.

Súmula nº 8 do TRF4: Subsiste no novo texto constitucional a opção do segurado para ajuizar ações contra a Previdência Social no foro estadual do seu domicílio ou no do Juízo Federal.

Como já destacado, este modelo, antes da Emenda Constitucional nº 103 (BRASIL, 2019b), era utilizado para outras hipóteses, além das ações em que forem parte instituição de previdência social e segurado.

Importante consignar que a cooperação nacional, prevista no artigo 67 do Código de Processo Civil, não implica em delegação de competência. A previsão de cooperação nacional visa racionalizar o exercício da jurisdição e a prática de atos judiciais, inclusive produção de prova, em qualquer espaço do território nacional, independente da natureza e grau de jurisdição. Portanto, a prática de auxílio direto, atos concertados, cartas de ordem ou precatória, não constituem delegação de competência, notadamente por não haver juízo decisório, mas apenas atos operacionais e executivos.

O mesmo acontece com a previsão contida no artigo 237 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), a qual, a par da previsão contida no artigo 67, trata de distribuição de tarefas inerentes aos órgãos jurisdicionais. Nesse mesmo sentido, aliás, o § 1º do artigo 15 da Lei nº 5.010/66, incluído pela Lei nº 13876/2019 (BRASIL, 2019a), estabelece que, sem prejuízo do disposto no parágrafo único do artigo 237 do CPC, “poderão os Juízes e os auxiliares da Justiça Federal praticar atos e diligências processuais no território de qualquer Município abrangido pela seção, subseção ou circunscrição da respectiva Vara Federal”.

A propósito, comentando o citado artigo 237 do Código de Processo Civil, diz a doutrina especializada:

A carta precatória expedida pela Justiça Federal para o cumprimento de atos processuais na Justiça Estadual, onde não há vara federal, não é

propriamente um modo de exercício da competência federal delegada, mas o juízo deprecado cumpre o ato como se fosse o juízo deprecante que ali estivesse. (BOCHENEK; DALAZOANA; 2016, p. 152)

Fredie DIDIER JR. (2017, p. 295), analisando a redação anterior à Emenda Constitucional nº 103/2019, lecionava que “os §§ 3º e 4º do art. 109 da CF/1988 autorizam (autorizavam) lei infraconstitucional a, preenchidos certos pressupostos, atribuir competência (jurisdição) da Justiça Federal para a Justiça Estadual”.

A partir da Emenda Constitucional nº 103 (BRASIL, 2019b) passou a inexistir permissivo constitucional para a delegação de competência federal diversa daquelas em que sejam parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal, não havendo mais espaço de conformação do legislador ordinário para definição de outras hipóteses. Revela-se a importância do dispositivo, para o presente ensaio, mas sobre o que ele não diz do que o que efetivamente encontra-se grafado.

Portanto, com a nova redação constitucional não é mais possível ao legislador infraconstitucional prever hipóteses diversas da supracitada para a competência delegada, tema que passamos a enfrentar.

5 DA ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL, DOS REFLEXOS NA LEGISLAÇÃO INFRALEGAL E DAS REPERCUSSÕES SOCIAIS

Como previamente apresentado, a alteração do §3º do art. 109 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 103/2019 (BRASIL, 2019b) apresenta um problema de compatibilidade entre as normas infralegais previamente existentes e o novo parâmetro Constitucional. Houve diminuição do espaço de conformação pelo Legislador Ordinário quando o art. 109, §3º, da Carta Democrática foi alterado, suprimindo a possibilidade de disposição acerca das regras de competência delegada da Justiça Federal.

Segundo André Ramos TAVARES (2019), a inconstitucionalidade superveniente designa dois fenômenos, sendo uma relação de incompatibilidade

entre normas anteriores e a entrada de uma nova Constituição posterior, e o fenômeno da mutação constitucional.

A Doutrina destaca, ainda, que inconstitucionalidade superveniente seria o fenômeno em que se identifica que determinada norma surgiu no ordenamento jurídico hígida, sem qualquer vício de constitucionalidade, contudo, posteriormente passa a ser inconstitucional.

Contudo, para o Excelso Supremo Tribunal Federal, quando se está diante de hipótese de Lei editada antes do advento da nova Constituição, a hipótese seria de análise da recepção. Assim, porquanto neste ponto não haja contemporaneidade, não haverá controle de constitucionalidade, mas indagação se a norma foi ou não recepcionada pela nova ordem constitucional.

Ainda para a Corte Suprema, quando a lei é editada na vigência da nova Constituição e há Emenda Constitucional superveniente alterando o fundamento de constitucionalidade da lei, diante da mudança no parâmetro de controle, haveria revogação da lei em sentido oposto, não havendo, mais uma vez, a ocorrência do fenômeno da inconstitucionalidade superveniente.

TAVARES (2019) assevera que “a inconstitucionalidade superveniente (por força de uma nova Constituição ou de uma emenda constitucional) não deve receber a denominação de inconstitucionalidade.” Para o autor, o termo inconstitucionalidade de ser reservado para as hipóteses em que há confronto com a Constituição atual, e não com a pretérita. Todavia, o ilustre autor prescreve que o termo pode ser utilizado quando houver mudança por via interpretativa (mutação constitucional), passando a norma a tornar-se inconstitucional.

A Doutrina adverte, também, que a inconstitucionalidade superveniente poderá ocorrer quando houver mudança no substrato fático da norma, ou seja, quando surgem novos aspectos fáticos que não eram evidentes no momento de interpretação original, mas que, com o decurso do tempo, passam a serem percebidos, tornando a norma inconstitucional, como ocorreu com a ADI 3.397 ao analisar a constitucionalidade de leis que permitiam o beneficiamento do amianto.

Jorge MIRANDA (1988) defende que o confronto entre a legislação ordinária pretérita e a nova Constituição deve ser resolvido sob a lente da inconstitucionalidade, não se tratando de problema de recepção.

Seguindo a escola de Jorge Miranda, Gilmar Ferreira MENDES (2006) defende que deve haver uma extensão do controle abstrato de normas para alcançar o direito pré-constitucional. Para o autor, Ministro do Supremo Tribunal Federal, apenas é possível pode e deve falar-se em inconstitucionalidade originária e em constitucionalidade superveniente, na medida em que ligadas a uma norma legal que, essa, pode ser desconforme com a Constituição originária ou superveniente – o que implica ou permite um tratamento diferenciado.

Continua o ilustre autor, aduzindo haver dificuldades no fenômeno da revogação porquanto este pressupõe normas de igual densidade normativa, apontando que há diversidade entre os regimes da revogação e da inconstitucionalidade, não sendo estes intercambiáveis, sobretudo porque na derrogação do direito antigo não se verifica se a nova lei contiver apenas disposições gerais ou especiais sobre o assunto, dificuldade não verificada na inconstitucionalidade. Conclui dizendo que a Constituição não se destina a substituir o direito ordinário (MENDES, 2006).

Contudo, a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal caminha em sentido oposto. Sob a égide da nova Constituição Federal (BRASIL, 1988), na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2, o relator, Ministro Paulo Brossard, consignou que o legislador não deve obediência à Constituição passada, já revogada, tampouco à futura, inexistente à época da edição da norma, só por adivinhação poderia obedecê-la, com este raciocínio aponta que o juízo entre a norma anterior a Constituição e a atual Carta não é um juízo de inconstitucionalidade.

TAVARES (2019, p. 287), entretanto, adverte que o problema se situa no plano da existência das normas. Aduz haver um fenômeno peculiar, segundo o autor há uma novação da legislação anterior que esteja em compatibilidade com a novel Constituição. Ainda para o autor, há uma avaliação da conformidade das normas anteriores com a Constituição posterior, conforme os requisitos de validade da nova

ordem. Estando em desconformidade, haveria a desconsideração da existência. Aponta, ainda que:

os elementos de validade da lei exigidos pelo novo ordenamento são perscrutados nas leis anteriores para fins de considerar estas existentes e válidas, por um processo de 'novação legislativa'. As leis que sejam desconformes a essas exigências são simplesmente reputadas inexistentes como normas jurídicas. Como se presume – dada a continuidade que a lei vinha possuindo – a existência da lei, para fins de aquilatar sua adequação à nova ordem constitucional. Contudo, aquela presunção inicial cessa, e a lei passa a ser desconsiderada como lei, desde que não satisfaça os novos requisitos de validade. A lei, para todos os fins, nunca existiu no novo ordenamento jurídico.

O autor ainda pondera que no caso da Constituição superveniente, a lei incompatível pretérita deixa de existir, o que equivale ao fenômeno da revogação, quanto aos efeitos, embora com este não se confunda. Assevera que, como a norma incompatível deixa de existir no novo ordenamento, não se faz possível um juízo de constitucionalidade. A hipótese consiste, pois, em fenômeno de extinção das normas jurídicas.

Logo, não tratando-se de inconstitucionalidade, não é possível a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade (embora, registre-se, seja cabível a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental).

Ainda neste cenário, há outro evento peculiar que merece atenção, a alteração da norma-parâmetro da relação de recepção e superação desta, ou seja, a cessação da ocorrência da norma constitucional que servia de parâmetro.

Segundo TAVARES (2019) os requisitos para a recepção são a existência jurídica de lei antiga na data imediatamente anterior à entrada em vigor da nova Constituição e compatibilidade entre o conteúdo dessa lei e os novos comandos constitucionais.

Importa destacar que a alteração do parâmetro de constitucionalidade exige que um novo juízo de recepção seja realizado. Assim, com a alteração posterior decorrente de Emenda Constitucional, as normas que forem incompatíveis com a alteração sujeitam-se a um juízo de recepção e não de inconstitucionalidade. Portanto, não encontrando mais adequação com o texto alterado, deixam de ser recepcionadas.

Revista Juscontemporânea, Rio de Janeiro, v.2, p.1-37, set. 2021/ago. 2022

A teoria da recepção, como leciona TAVARES (2019), leva em consideração a dificuldade prática de se construir um ordenamento jurídico integralmente a cada nova Constituição, assim, na esteira da lição proposta por Kelsen, a nova constituição automaticamente reconhece a legislação pretérita e verifica se conformidade com a nova ordem estabelecida, passando as normas que possuem compatibilidade com o ordenamento constitucional a terem existência e validade, fenômeno conhecido como recepção. As normas que forem incompatíveis são eliminadas.

Destarte, o fenômeno ocorrido com a EC nº 103 (BRASIL, 2019b) e a legislação infralegal que dispunha sobre competência delegada não se trata de inconstitucionalidade superveniente, mas de recepção constitucional.

Como observado alhures, a alteração indigitada implicou na perda de fundamento constitucional acerca da possibilidade do legislador infraconstitucional criar novas hipóteses de competência delegada. Não há mais este espaço de conformação, a única previsão de competência delegada está insculpida no próprio texto constitucional.

A competência da Justiça Federal, como assevera DIDIER JR. (2017), é constitucional e taxativa. Estando prevista na Constituição Federal, não pode ser ampliada por norma infraconstitucional, sob pena da alteração ou subtração ser inconstitucional ou inócua.

Assim, todas as normas que preveem a competência delegada passam a não mais serem recepcionadas pelo ordenamento jurídico, porquanto não mais exista autorização constitucional para que o legislador ordinário disponha sobre competência delegada, a qual, como destacado, diante de sua matriz constitucional, não pode ser objeto de norma infraconstitucional sem que haja autorização da Constituição Federal.

Nessa linha de raciocínio, com o término do espaço de conformação anteriormente previsto no artigo 109, §3º, da CF, em sua redação anterior, os seguintes dispositivos, que versam sobre competência delegada, passam a não mais serem recepcionados pela ordem constitucional.

Lei 5.010/66

(...)

Revista Juscontemporânea, Rio de Janeiro, v.2, p.1-37, set. 2021/ago. 2022

Art. 15. Quando a Comarca não for sede de Vara Federal, poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual (...) II - as vistorias e justificações destinadas a fazer prova perante a administração federal, centralizada ou autárquica, quando o requerente fôr domiciliado na Comarca;

Lei 6.969/81

(...)

Art. 4º - A ação de usucapião especial será processada e julgada na comarca da situação do imóvel. § 1º - Observado o disposto no art. 126 da Constituição Federal, no caso de usucapião especial em terras devolutas federais, a ação será promovida na comarca da situação do imóvel, perante a Justiça do Estado, com recurso para o Tribunal Federal de Recursos, cabendo ao Ministério Público local, na primeira instância, a representação judicial da União.

Lei 13.015/2015

(...)

Art. 381. (...) § 4º O juízo estadual tem competência para produção antecipada de prova requerida em face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal.

Contudo, a interpretação dos dispositivos deve coadunar-se com a redação constitucional, o que implicará em algumas ponderações, sobretudo quanto às vistorias e justificações (art. 15, II, da Lei 5.010/66) e ação de produção antecipada de prova (art. 381, §4º, do CPC). Quanto ao disposto na Lei 6.969/81, não se encontra espaço possível de interpretação conforme, consoante se observa adiante.

A alteração constitucional resultou na exclusão da possibilidade de que outras causas, que não sejam demandas previdenciárias, fossem objeto de delegação de competência pelo legislador ordinário, contudo, o art. 109, §3º, da CF, em sua nova redação, aponta que a Lei pode autorizar a delegação de competência para a Justiça Estadual das causas que forem parte instituição de previdência social e o segurado, quando domiciliado em comarca que não seja sede de vara feral.

Logo, é possível verificar a subsistência de um espaço de conformação quanto a ação probatória autônoma e as vistorias e justificações com repercussão previdenciária. A lei ainda pode dispor da competência delegada quanto a causas envolvendo instituição de previdência social e segurado, logo, todas as demandas que envolverem estas partes (preenchidos os demais requisitos) podem ser objeto de competência delegada.

No caso do art. 15, II, da Lei 5.010/66, deve-se realizar uma interpretação conforme, tendo em vista o novo parâmetro constitucional, para garantir a sua recepção, extraindo-se a possibilidade de competência delegada para as vistorias e justificações destinadas a fazer prova perante a administração federal autárquica quando as partes forem instituição de previdência social e segurado, além de não ser sede de vara federal.

Em igual medida, o art. 381, §4º, do CPC, deve ganhar interpretação restritiva, admitindo-se a ação probatória autônoma em face da entidade autárquica, quando forem partes segurado e instituição de previdência social, preenchidos os demais requisitos.

Conclui-se, portanto, que as normas que dispunham sobre a competência delegada da justiça federal, que não tratavam sobre causas em que forem partes segurado e instituição de previdência social, foram extintas pelo fenômeno da não recepção, diante da contrariedade com o novo texto constitucional a partir da Emenda Constitucional nº 103/2019 (BRASIL, 2019b).

Nada obstante, é possível assegurar uma interpretação conforme e não restritiva, apta a manter a recepção dos dispositivos e da competência delegada, ficando limitada apenas às demandas que envolvam as partes descritas no art. 109, §3º, da Constituição Federal, permanecendo incompatível e, portanto, não recepcionada, qualquer outra interpretação.

Com efeito, negar, de forma irrestrita, a vigência das outras hipóteses de delegação da competência federal, a depender da situação concreta, certamente pode impactar negativamente no direito fundamental de acesso à Justiça. Pense-se, por exemplo, na multicitada hipótese da ação de produção antecipada de provas com objetivo vinculado a interesse processual de natureza previdenciária, como o posterior ajuizamento de demanda em desfavor do INSS. Ora, principalmente para localidades afastadas de grandes centros urbanos, negar a possibilidade de propositura da ação junto à Justiça Estadual local certamente redundaria em barreira ao acesso à Justiça, eis que de nada adiantaria à parte propor a ação previdenciária se não puder propor a ação probatória que lhe antecede finalisticamente.

Não se pode olvidar, pois, que a delegação de competência federal é norma cuja razão de ser (*ratio*) é assegurar efetividade ao direito de acesso à Justiça e, nessa medida, qualquer restrição à possibilidade de delegação pode, a depender do caso, incorrer em limitação à jurisdição. A propósito, não são outros os fundamentos que justificam a delegação para as causas previdenciárias, como bem delimitou SAVARIS (2016, p. 76):

A maior amplitude de acesso à justiça para os potenciais beneficiários da previdência social é um exemplo característico de sensibilidade do constituinte aos termos particulares da lide previdenciária, especialmente a presumível hipossuficiência do autor da demanda, a natureza alimentar da verba em discussão e a capilaridade representativa da Administração Previdenciária.

Neste diapasão, verifica-se que as transformações legislativas decorrentes da EC 103/2019 repercutiram diretamente na distribuição de competências entre a Justiça Estadual e Federal, com repercussão direta no acesso à justiça, como alhures destacado. Assim, a interpretação da norma não pode se distanciar de seu objetivo maior, permitindo um espaço de conformação que assegure àqueles que precisam demandar em detrimento da autarquia previdenciária o acesso à justiça sem a necessidade de deslocamento, podendo fazer uso da competência delegada conforme apontado (ação probatória autônoma em face da entidade autárquica), considerando a maior capilaridade da Justiça Estadual.

6 CONCLUSÃO

A atual Constituição Federal, na redação original do §3º do artigo 109, abrigava duas distintas hipóteses de delegação da competência federal: uma hipótese de delegação específica autoexecutável, que independia de edição de norma infraconstitucional, valendo, desde já, por expressa e direta dicção do próprio texto constitucional, incidindo para as causas de natureza previdenciária; e hipótese de delegação genérica não autoexecutável que, para atingir efetiva aplicação prática, dependia da edição de norma legal infraconstitucional, contemplando situações outras que não as causas envolvendo segurado e instituição de Previdência Social.

Com fundamento na parte final do §3º do artigo 109 da Constituição Federal, em sua redação original, foram editadas leis autorizadas da delegação de competência federal em determinadas situações, com destaque para as previsões contidas no artigo 15, II, da Lei nº 5.010/66 (vistorias e justificações), no art. 4º da Lei 6.969/81 (ações de usucapião especial em terras devolutas federais) e no artigo 381, §4º, do Código de Processo Civil de 2015 (ações autônomas de produção antecipada de provas).

Contudo, ocorre que a Emenda Constitucional nº 103/2019 alterou a redação do §3º do artigo 109 da Constituição Federal e culminou por excluir a previsão constitucional que autorizava a lei infraconstitucional a permitir a delegação de competência federal para causas de natureza diversa da previdenciária.

À luz das lições correntes da Doutrina constitucionalista, é forçoso concluir que com a alteração do parâmetro constitucional após o advento da EC nº 103/2019, houve o fenômeno da não recepção das normas supramencionadas (art. 15, II, da Lei nº 5.010/66, art. 4º da Lei nº 6.969/81 e art. 381, §4º, do CPC/2015). Vale dizer, não encontrando mais adequação com o texto constitucional alterado em 2019, tais normas deixam de ser recepcionadas pelo novo parâmetro constitucional, extinguindo-se na confluência do ordenamento jurídico nacional.

É curioso observar que a doutrina pátria, de modo geral, dedicou especial atenção para as consequências advindas da Emenda Constitucional nº 103/2019 no que toca às modificações da delegação de competência federal para as causas previdenciárias (que, agora, exigem autorização infraconstitucional), mas pouco foi dito sobre os impactos para as ações de outras naturezas.

Nessa toada, o presente trabalho, nos limites de sua estrita extensão, tencionou trazer luz à discussão, conduzindo à conclusão de que, na atual ordem constitucional inaugurada com a Emenda Constitucional nº 103/2019 não há mais espaço para delegação de competência federal para demandas diversas das previdenciárias, tendo havido a não recepção dos diplomas até então existentes, com a ressalva da subsistência de delegação para as hipóteses de ação probatória autônoma e as vistorias e justificações com repercussão previdenciária.

Como apontando ao longo do presente estudo, o novo desenho da competência federal delegada implica em repercussão direta no acesso à justiça. É verdade que, considerando que o objetivo da delegação de competência sempre foi utilizar-se da maior capilaridade da Justiça Estadual, a interiorização da Justiça Federal serviu de fundamento para a modificação da estrutura anterior. Contudo, mostra-se necessário assegurar a interpretação constitucional conforme da legislação, frente ao novo parâmetro constitucional, a fim de permitir que o jurisdicionado possa utilizar-se da ação probatória autônoma, vistorias e justificações com repercussão previdenciária, quando forem partes segurado e instituição de previdência social, evitando maior restrição ao acesso à justiça.

O presente trabalho teve por escopo aprofundar a análise da dogmática sobre o tema, refletindo sobre a interpretação normativa em face do novo parâmetro constitucional, primando pelo princípio da máxima efetividade da hermenêutica constitucional e do método normativo-estruturante, apreciando a norma jurídica sem descuidar do domínio normativo.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Reforma da previdência comentada**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

BOCHENEK, Antônio César; DALAZOANA, Vinicius. **Competência cível da justiça federal e dos juizados especiais federais**. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 848**, de 11 de outubro de 1890. Organiza a Justiça Federal. Publicado na CLBR de 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848impressao.htm. Acesso em: 02/10/2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 24 de fevereiro de 1891). Publicado no DOU de 24/02/1891. Rio de Janeiro, RJ: 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 02/10/2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Publicado no DOU de 19/09/1946. Rio de Janeiro, RJ: 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 02/10/2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Publicado no DOU de 10/11/1937. Rio de Janeiro, RJ: 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 02/10/2021.

BRASIL. **Ato Institucional nº 2**, de 27 de outubro de 1965. Mantém a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Publicado no DOU de 27/10/1965. Brasília, DF: 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm. Acesso em: 02/10/2021.

BRASIL. **Lei nº 5.010**, de 30 de maio de 1966. Organiza a Justiça Federal de primeira instância, e dá outras providências. Publicado no DOU de 01/06/1966. Brasília, DF: 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5010.htm. Acesso em: 02/10/2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1**, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Publicado no DOU de 20/10/1969. Brasília, DF: 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 03/10/2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Publicado no DOU de 05/10/1988. Brasília, DF: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03/10/2021.

BRASIL. **Lei nº 13.043**, de 13 de novembro de 2014. Dispõe sobre [...]. Publicado no DOU de 14/11/2014. Brasília, DF: 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13043.htm. Acesso em: 03/10/2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Publicado no DOU de 17/03/2015. Brasília, DF: 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03/10/2021.

BRASIL. **Lei nº 13.876**, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre [...] e altera a [...] Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, e a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Publicado no DOU de 23/09/2019. Brasília, DF: 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13876.htm. Acesso em: 03/10/2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103**, de 12 de novembro de 2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Publicado no DOU de 13/11/2019. Brasília, DF: 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 03/10/2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Breve histórico da Justiça Federal**. 1999. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/atlas/1ahist.htm>. Acesso em 29/07/2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Resolução nº 603**, de 12 de novembro de 2019. Dispõe sobre o exercício da competência da Justiça Federal delegada nos termos das alterações promovidas pelo art. 3º da Lei 13.876, de 20 de setembro de 2019. Publicado no DOU de 26/11/2019. Brasília, DF: 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-603-de-12-de-novembro-de-2019-229644730>. Acesso em: 03/10/2021.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Questão de Ordem no Conflito de Competência nº 170.051-RS** (2019/0376717-3). Relator Min. Mauro Campbell Marques. Publicado no DJe de 25/09/2020. Brasília, DF: 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1975448&num_registro=201903767173&data=20200925&formato=PDF. Acesso em: 03/10/2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 860.508-SP**. Relator Min. Marco Aurélio. Publicado no DJe de 23/03/2021. Brasília, DF: 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4693819>. Acesso em: 03/10/2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**; 6ª ed. Lisboa: Almedina 2002.

CARVALHO, Vladimir Souza. **Competência da Justiça Federal**. 8ª edição. Curitiba: Juruá, 2010. 1ª reimpressão, 2012.

DELLORE, Luiz (et. al). **Teoria Geral do Processo**: Parte Geral: Comentários ao CPC de 2015. 3ª ed. São Paulo: Método, 2019.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro-v1**. 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Competência cível da justiça federal**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva. 1996.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. Coimbra: Coimbra Ed. 1988, t.2.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Civil**, 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

PERRINI, Raquel Fernandez. **Competência da Justiça Federal Comum**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2012.

Revista Juscontemporânea, Rio de Janeiro, v.2, p.1-37, set. 2021/ago. 2022

SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. 6ª ed. rev. atual. ampl. Curitiba: Alteridade Editora, 2016.

SCALABRIN, Felipe. A competência delegada da Justiça Federal para a justiça estadual após a Lei nº 13.876/19. In: **Revista Forense** – Volume 430 – ANO 115. JULHO – DEZEMBRO DE 2019. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/04/16/competencia-delegada-justica-federal/#_ftn43. Acesso em: 15/07/2021.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PRIVADO ALEMÃO

HISTORICAL EVOLUTION OF GERMAN PRIVATE LAW

Leonardo Estevam de Assis Zanini¹

Resumo: Este texto tem como principal objetivo a realização de um estudo panorâmico acerca da evolução histórica do direito privado alemão. Para tanto, utiliza-se de metodologia descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente em uma revisão bibliográfica e na investigação da legislação e da jurisprudência. O trabalho parte da recepção do direito romano pelos estados germânicos, passando pelo período influenciado pelo Iluminismo, pelo surgimento da Escola Histórica e da Ciência das Pandectas, bem como pela Jurisprudência dos Interesses. O artigo analisa o movimento de codificação que culminou com a criação do BGB e os desenvolvimentos do direito privado ocorridos durante a República de Weimar, na ditadura nacional-socialista, bem como após a Segunda Guerra até os dias atuais. Examina-se brevemente a situação do direito privado na Alemanha Ocidental, na Alemanha Oriental, na Alemanha reunificada, assim como a europeização do direito privado. Os resultados obtidos apontam que o direito privado alemão tem grande relevância para a formação do direito privado brasileiro.

Palavras-chave: Direito Privado; História Do Direito; Direito Alemão; Codificação; Europeização do Direito Privado.

Abstract: The main objective of this text is to carry out a panoramic study of the historical evolution of German private law, highlighting its relevance to Brazilian law. To do so, it uses a descriptive and deductive methodology, based primarily on bibliographic and legislative research. The text starts from the reception of Roman law by the Germanic states, going through the period influenced by the Enlightenment, the emergence of the Historical School and the Science of Pandects, as well as the Jurisprudence of Interests. It analyzes the codification movement, which culminated in the creation of the BGB, and the developments in private law that occurred during the Weimar Republic, in the National Socialist period, as well as after the Second World War until the present day. It briefly examines the situation of private law in West Germany, East Germany, and reunified Germany, as well as the

¹ Livre-docente e doutor em Direito Civil pela USP. Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal. Professor Universitário. Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar. Autor de livros e artigos publicados nas áreas de Direito Civil, Direitos Intelectuais e Direito do Consumidor. Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da CAPES. Foi Delegado de Polícia Federal, Procurador do Banco Central do Brasil, Defensor Público Federal, Diretor da Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul e Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo.

Europeanization of private law. The results obtained show that German private law has great relevance for the formation of Brazilian private law.

Keywords: Private Law; Legal History; German Law; Codification; Europeanization of Private Law; Civilian Tradition.

Recebido em: 03/09/2021
Aceito para publicação em: 23/05/2022

1 INTRODUÇÃO

A história do direito privado alemão é um campo de pesquisa muito importante, amplo e desenvolvido, que certamente não comporta um estudo exaustivo em apenas um artigo. O estudo aprofundado dessa temática demandaria inúmeros volumes e esse não é logicamente o objetivo desse texto.

O presente artigo tem como objetivo a realização de um estudo panorâmico da evolução histórica do direito privado alemão. A temática guarda relação com a compreensão do próprio direito privado brasileiro, pois o pensamento jurídico alemão está presente no direito pátrio, especialmente no que toca às codificações nacionais.

Ao contrário do que muitos podem pensar, o direito privado alemão foi e continua sendo fonte de inspiração para o direito privado brasileiro, o que decorre não somente da recepção do direito romano pelos estados germânicos, mas também pelos desenvolvimentos jurídicos ocorridos nos séculos XIX e XX, que levaram muitos juristas brasileiros a admirar e a difundir o modelo alemão.

Ao mesmo tempo em que informa, a análise da evolução histórica do direito privado alemão também busca colocar em evidência que muitas das soluções jurídicas brasileiras são, em realidade, adaptações de institutos jurídicos desenvolvidos pelo direito alemão. Igualmente, são feitos alguns apontamentos específicos sobre eventuais aproximações e diferenças existentes entre os dois sistemas jurídicos, que certamente permitirão uma melhor compreensão do direito privado brasileiro.

Ademais, vale notar que se trata de um estudo no qual a metodologia utilizada é descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente na investigação da bibliografia nacional e internacional, bem como da legislação e da jurisprudência alemãs.

Por conseguinte, estuda-se a evolução histórica do direito privado alemão para que se compreenda melhor o direito privado brasileiro, que, diferentemente do que se passou em outros países da América Latina, teve sua formação fortemente influenciada pelos alemães. Aliás, mesmo em livros alemães encontra-se facilmente

menção a essa forte influência do direito privado alemão sobre o direito privado brasileiro (SCHMIDT, 2009, *passim*).

2 OS QUATRO GRANDES PERÍODOS DA HISTÓRIA ALEMÃ

A história jurídica alemã pode ser dividida de diferentes maneiras. Entre elas, é muito difundida a divisão em quatro grandes períodos. O primeiro desses períodos se inicia no ano de 962 e vai até 1648, dominado pelo Sacro Império Romano-Germânico e marcado pela recepção do direito romano. O período seguinte vai de 1648 até 1871, com o predomínio de vários grandes estados alemães e o aparecimento das primeiras codificações. O próximo período vai de 1871 até 1945, com destaque para a união da Alemanha em torno da Prússia e o surgimento da grande codificação do direito civil. Por fim, o último período vai de 1945 até a atualidade, e é representado pelo nascimento de uma nova Alemanha, democrática e equilibrada, que toma suas dimensões definitivas em 1990 (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 16).

3 A RECEPÇÃO DO DIREITO ROMANO

Como a maioria dos sistemas jurídicos da Europa continental, o direito alemão foi profundamente marcado pela recepção do direito romano, movimento que se iniciou no século XII, após a redescoberta das compilações de Justiniano. Nesse processo, denominado recepção do direito romano (*Rezeption des römischen Rechts*), foi importante a influência do Sacro Império Romano-Germânico (*Heiliges Römisches Reich*), fundado no ano de 962, quando Otton I foi coroado imperador pelo papa João XII (EISENHARDT, 2008, p. 77).

A recepção do direito romano foi um fenômeno que ocorreu não somente na Alemanha, mas também em toda a Europa, de norte a sul e de leste a oeste, com exceção da Inglaterra e do País de Gales. Apesar da dimensão da recepção, é certo que a influência do direito romano foi bastante variada, podendo-se dizer, em

princípio, que ela foi mais forte nas regiões ao sul do que nas localidades ao norte da Europa (SCHLINKER; LUDYGA; BERGMANN, 2019, p. 10).

Entre os povos germânicos, é importante notar que a recepção do direito romano foi bastante vigorosa, tomando dimensões de uma verdadeira "invasão" ². Realmente, isso se deve ao fato de que se decidiu, por volta de 1500, abandonar os costumes medievais e receber o direito romano como direito nacional. Assim sendo, a influência do direito romano entre os germânicos foi muito marcante (CAENEGEM, 1995, p. 3).

Os estudiosos apresentam múltiplas causas para explicar o fenômeno da recepção do direito romano pelo Sacro Império Romano-Germânico, valendo destacar, entre elas, as seguintes: a) a fraqueza do poder imperial; b) direitos locais não adaptados às novas necessidades econômicas e sociais do fim da Idade Média (WITZ, 2018, p. 9); c) a ausência de uma justiça imperial poderosa, que poderia ter elaborado um direito comum germânico, não obstante a existência de coleções de costumes³, entre as quais merece destaque o Espelho da Saxônia (*Sachsenspiegel* - 1215-1235)⁴.

Outrossim, existe um importante fator de ordem ideológica e política: é que o direito romano não era sentido como um direito estrangeiro, uma vez que o Sacro Império Romano-Germânico se entendia como continuador do Império Romano (*translatio imperii*) (MEDER, 2008, p. 223). Ora, se o imperador alemão era então considerado imperador romano, conseqüentemente o direito romano era tido como direito imperial (ZIMMERMANN, 1996, p. 2). Além disso, o direito romano tinha condição de oferecer um rico leque de conceitos e modos de raciocínio, os quais podiam ser aplicados racionalmente aos problemas complexos (WITZ, 2018, p. 10).

² Recepção significa receber ou assumir ideias ou bens culturais estrangeiros. Ocorre que na Alemanha, é importante notar, não foi adotado diretamente o direito romano clássico ou o direito do período de Justiniano, mas sim o *ius commune* do final da Idade Média (MEDER, 2008, p. 223).

³ A situação na Alemanha contrasta com a da França, onde o direito consuetudinário permaneceu preponderante, especialmente na metade norte do país, região em que a redação dos costumes foi imposta pelo decreto real de Montil-lès-Tous (1434) e foi realizada durante o Século XVI (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 17).

⁴ As coleções de costumes surgiram principalmente no Século XIII, dentre as quais o *Sachsenspiegel*, elaborado por Eike von Repgow, ganhou especial popularidade (LEIPOLD, 2010, p. 15).

Nesse contexto, dado o caráter bastante primitivo e a falta de unidade do direito consuetudinário, os jovens juristas alemães tomaram o caminho das universidades italianas, em particular a Universidade de Bolonha (fundada em 1100), onde estudaram o direito romano através das compilações de Justiniano⁵. Esse interesse pelo direito romano foi encorajado pelo próprio imperador, que pretendia retomar a tradição romana, considerando que o direito romano tinha vocação para ser o direito do Sacro Império Romano-Germânico (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 17).

Assim sendo, foram os juristas eruditos, formados nas universidades italianas, mas também, a partir do século XIV, nas universidades alemãs, que contribuíram para a propagação da aplicação do direito romano⁶. É o apogeu do direito dos juristas (*Juristenrecht*), que levou, progressivamente, à imposição do direito romano como *ius commune* (*gemeines Recht*) do império, fenômeno que ocorreu do século XV ao início do século XVI. A partir do século XVI se desenvolveu o “*usus modernus Pandectarum*”, que foi bem sucedido em fazer coexistir o direito romano com os direitos locais, tanto no plano teórico como no prático (WITZ, 2018, p. 10).

Dessa forma, a recepção do direito romano teve importância inegável no direito alemão moderno, que tem, paradoxalmente, um caráter mais romano e menos germânico (CAENEGEM, 1995, p. 3). Ela foi mais sentida no direito das obrigações e no direito das coisas, bem como em certos aspectos da teoria geral do direito (particularmente em relação à capacidade jurídica e no que toca às pessoas jurídicas e fundações). Em contrapartida, a recepção foi limitada no âmbito do direito de família e das sucessões (WITZ, 2018, p. 10). Ademais, vale notar que a recepção do direito romano conduziu os juristas alemães a seguir uma abordagem científica

⁵ Os livros jurídicos de Justiniano (Institutas, Digesto ou Pandectas, Código e Novelas) tornaram-se objeto de pesquisa e ensino desde a alta Idade Média, primeiro na Itália, depois em Paris e, finalmente, também nas universidades alemãs (WOLF; NEUNER, 2016, p. 84). O Digesto contém uma coleção de fragmentos de escritos dos juristas romanos, particularmente do primeiro ao terceiro século d.C. (ROBBERS, 2017, p. 148).

⁶ Em 1348 foi fundada a primeira universidade no território do Sacro Império Romano-Germânico, em Praga, que na época era a capital imperial (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 17).

(*Verwissenschaftlichung*) na prática jurídica, o que perdura até a atualidade (MEDER, 2008, p. 226).

4 O DIREITO NATURAL MODERNO E O ILUMINISMO

Na Grécia Antiga já se conhecia um direito natural que se postava acima do direito positivado, cujo fundamento se encontrava na natureza ou na ordem divina (MEDER, 2008, p. 239). Nos séculos XVII e XVIII, entretanto, em função do Iluminismo, considerado o grande movimento intelectual e cultural da Europa daquele período, viu-se a eclosão e o apogeu de uma Escola Moderna do Direito Natural⁷.

Na Alemanha, este movimento do pensamento é denominado Escola do Direito da Razão (*Vernunftrecht*), que não passa de uma variante da Escola do Direito Natural. Samuel Pufendorf (1632-1694), nascido na Saxônia, está entre os expoentes dessa escola, sendo considerado como sucessor de Hugo Grotius (1583-1645), Christian Thomasius (1655- 1728) e Christian Wolff (1679-1754).

A Escola do Direito Natural seguia um raciocínio quase matemático, princípios gerais fundados na razão e na natureza humana, bem como um corpo de regras sempre mais preciso e formando um conjunto piramidal coerente e racional (CAENEGEM, 1995, p. 9). Procurava estabelecer certezas objetivas e universais, que seriam válidas para toda a humanidade, bem como imutáveis (EISENHARDT, 2008, p. 183-184).

Nas universidades prevaleceu um método de pensamento racional e abstrato, falando-se na passagem do *Juristenrecht* para o *Professorenrecht*, isto é, o direito dos professores, que teve o efeito de liberar a ciência do direito privado de seus vínculos de princípio com as fontes romanas e com as velhas autoridades

⁷ Vale notar que não se pode falar exatamente na existência de uma escola no sentido acadêmico, "visto que, paralelamente a algumas características comuns, cada um dos expoentes dessa orientação de pensamento formou-se por conta própria e exprime ideias e posições específicas, há de comum nesses autores o papel central atribuído à elaboração de uma doutrina e de um sistema: teorias que têm a ambição não apenas de justificar o fundamento teórico do direito natural, mas de delinear dentro de um quadro sistemático os conteúdos de suas regras tanto no campo do direito público como no campo do direito privado" (SCHIOPPA, 2014, p. 237).

(WITZ, 2018, p. 11). Também serviu, no século XVIII, como poderoso instrumento na luta contra o Antigo Regime, uma vez que o direito natural era constantemente invocado para justificar as novas normas e os novos sistemas (CAENEGEM, 1995, p. 145).

Não obstante ter se verificado a incapacidade de realização da sua vocação universal, é certo que a Escola do Direito Natural deixou herança bastante importante no plano da sistemática e dos conceitos do direito privado, o que foi imprescindível para a elaboração da Parte Geral do BGB. De fato, essa escola forjou as noções fundamentais de declaração de vontade, de ato jurídico e de direito subjetivo. Outro importante legado é a crença nas virtudes da lei e da codificação (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 146).

5 OS CÓDIGOS DO ILUMINISMO

Nos territórios de língua alemã, a modernização da legislação e a promulgação de códigos foi obra de déspotas esclarecidos, que tinham o objetivo de promover a unificação dos seus domínios.

O primeiro código importante do período, no âmbito do direito privado, foi o *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, de 1756. O código bávaro refletiu “o direito da razão”, o que fica evidente pelas soluções dadas às questões controvertidas, bem como pelo emprego de uma língua alemã clara e compreensível (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 135). No entanto, a despeito da codificação de direito privado poder ser vista como o início de reformas iluministas, garantindo maior segurança jurídica e dando mais elevado grau de previsibilidade à administração da justiça (EISENHARDT, 2008, p. 199), ainda seguiu a tradição de atribuir um papel suplementar ao direito comum (*ius commune*) (CAENEGEM, 1995, p. 125).

Na Prússia foi promulgado o Código Geral dos Estados prussianos (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten – ALR*), de 1794, que não se limitou ao direito civil, encampando toda a ordem jurídica, com exceção do processo civil. A codificação prussiana reproduz as tendências iluministas, mesmo porque seus autores, os juristas Carl Gottlieb Svarez (1746-1798), Ernst Ferdinand Klein

(1744-1810) e Johann Heinrich Casimir von Carmer (1720-1801), eram assíduos frequentadores dos círculos iluministas de Berlim (PALMA, 2019, p. 338). Aliás, é evidente a influência do pensamento de Pufendorf sobre o sistema dessa codificação, que parte da natureza dual do homem (*Doppelnatur des Menschen*), isto é, como indivíduo e como membro de comunidades maiores (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 136).

O movimento de codificação no espaço germânico teve continuidade na Áustria, no território dos Habsburgos, com a adoção do Código Civil Geral austríaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie – ABGB*), de 1811, que também refletiu os ideais da Europa Iluminista. O Código austríaco, mais moderno do que o código prussiano, apresenta semelhanças com o *Code Napoléon* e também ainda está em vigor (EISENHARDT, 2008, p. 200-201).

Outrossim, vale notar que a codificação civil de Napoleão (1804) também faz parte da história do direito privado alemão do século XIX, uma vez que foi adotada, por pressão de imperador francês, por alguns Estados da Confederação do Reno (*Rheinbund*). Esse é o caso do Grão-ducado de Baden, que, a partir de 1810, passou a utilizar uma versão traduzida e modificada do *Code civil*, que vigorou até 1º de janeiro de 1900 (WITZ, 2018, p. 13). Contudo, a maioria dos Estados alemães acabou seguindo o exemplo da Prússia, que preferiu não elaborar uma codificação após 1815, a qual sofreria sem dúvida influência do *Code Napoléon* (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 20). Em todo caso, não se pode negar que o direito privado francês impactou significativamente e de várias maneiras o direito privado alemão (EISENHARDT, 2008, p. 209).

6 A ESCOLA HISTÓRICA E A CIÊNCIA DAS PANDECTAS

Os ensinamentos de Kant (1724-1804) e Hegel (1770-1831) serviram de alicerce para a doutrina alemã da primeira metade do século XIX, que viu o triunfo da Escola Histórica (*Historische Rechtsschule*), associada, em linhas gerais, ao nome

de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) e do importante germanista Karl Friedrich Eichhorn (1781-1854) (HÄHNCHEN, 2016, p. 306).

Para a Escola Histórica, que tem características diametralmente opostas às da Escola da Exegese⁸, o direito repousa fundamentalmente sobre a consciência popular (*Volksgeist*)⁹. A ciência jurídica é histórica e as tradições de uma nação constituem a fonte do direito por excelência. Assim sendo, o direito é elaborado de maneira orgânica pela consciência do povo e se exprime pelos usos e costumes, pela ciência jurídica e pela prática¹⁰.

Nessa linha, o legislador não cria o direito, apenas traduz em normas escritas o direito vivo, como resultado das aspirações e necessidades do povo, de maneira que uma intervenção legislativa somente deve ocorrer se for realmente necessária uma regulamentação específica. O direito não corresponde então a uma criação arbitrária do Estado, mas sim representa o produto da consciência popular¹¹.

Aliás, como o direito era considerado uma manifestação característica da livre consciência do povo, entendia-se que não podia ser codificado em um determinado estágio de desenvolvimento (ROBBERS, 2017, p. 149). Os integrantes da Escola Histórica então se opunham à codificação do direito privado alemão. E a ideia fundamental da Escola Histórica se reflete claramente na famosa polêmica entre Savigny e Thibaut acerca da necessidade de codificação do direito privado (*Kodifikationsstreit*) (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 148).

⁸ Os adeptos da Escola Exegética “acreditavam que o direito era idêntico aos códigos e que, como o estatuto era agora a única fonte do direito, a ciência devia confinar-se à interpretação exata (...) dos estatutos em geral, acima de tudo dos códigos. Essa abordagem excluía inevitavelmente qualquer sistema filosófico como o direito natural” (CAENEGEM, 1995, p. 144).

⁹ É de tal período que data o abismo que separa a doutrina francesa da alemã, que tomou um novo desenvolvimento, fundando-se essencialmente sobre um direito romano “revisitado” (WITZ, 2018, p. 14).

¹⁰ Os juristas brasileiros do século XIX, entre os quais merecem destaque Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883), Antônio Coelho Rodrigues (1846-1912) e Clóvis Bevilacqua (1859-1944), tiveram acesso aos estudos dos autores alemães da Escola Histórica, contribuindo então para a recepção das fontes germânicas no direito nacional. Desse modo, é inegável a importância e a influência dessa escola alemã entre os estudiosos brasileiros envolvidos no processo de codificação do direito civil pátrio (RODRIGUES JUNIOR, 2013, p. 79-155).

¹¹ De acordo com a Escola Histórica, a intervenção legislativa era secundária e se dava para: “a) modificar o direito existente por exigência de fins políticos e sociais; e b) esclarecer os pontos obscuros ou demarcar os limites da validade do costume” (DINIZ, 2019, p. 114).

Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), importante professor de direito romano na Universidade de Heidelberg, defendeu, em 1814, em seu famoso panfleto "Sobre a necessidade de um direito civil geral para a Alemanha" (*Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*), a elaboração de um Código Civil comum para toda a Alemanha (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 137). Tal codificação, segundo o estudioso, deveria se orientar pelos modelos do Código Geral dos Estados prussianos (ALR), do Código Civil Geral austríaco (ABGB) e, em particular, do Código de Napoleão (HÄHNCHEN, 2016, p. 309).

Savigny era contrário à própria ideia de codificação do direito. Também era hostil aos dois códigos que poderiam servir de modelo, o Código Civil francês e o Código Civil austríaco, os quais ele julgava serem tecnicamente imperfeitos e superficiais. O jurista alemão considerava que a codificação colocaria em risco o processo natural de desenvolvimento do direito, artificializando-o. É que a codificação leva à ilusão de que o direito que se aplica é o do código, pelo que os estudos se centralizam no direito codificado (DINIZ, 2019, p. 115). Assim sendo, o autor expressou a sua reprovação às ideias de codificação das leis civil em sua obra do ano de 1814: "Da vocação da nossa época para a legislação e a jurisprudência" (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*) (AICHELE, 2017, p. 112-113). Portanto, Savigny era a favor de uma ciência jurídica passível de se tornar comum a toda a nação alemã, mas essa unidade não surgiria a partir de uma peça legislativa, de uma codificação, mas pelo aprofundamento das fontes históricas do direito existente, por uma ciência jurídica organicamente progressiva (ZIMMERMANN, 1996, p. 4). Em todo caso, entendia o jurisconsulto que faltava à nação alemã, naquele momento, maturidade para realizar a obra codificadora (REALE, 2002, p. 410).

Deixando de lado referida polêmica, vale ressaltar que Savigny e Eichhorn criaram, em 1815, a conhecida "Revista de Ciência Histórica do Direito" (*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*)¹². Entretanto, a Escola Histórica, nesse ponto,

¹² É interessante observar que no segundo volume da referida revista, publicada em 1816, Jacob Grimm expressou sua convicção no sentido de que a lei, da mesma forma que a linguagem e a poesia, nasce do povo (KROESCHELL, 1993, p. 130).

acabou rapidamente se dividindo em dois ramos: o dos romanistas e o dos germanistas. Eichhorn fundou a Escola dos Germanistas, que pregava o fortalecimento do direito de origem alemã, enquanto Savigny se postou entre os romanistas (pandectistas), que se ocupavam do estudo do direito romano (HÄHNCHEN, 2016, p. 306).

Integrando a Escola dos Romanistas, Savigny se dedicou à análise do direito romano clássico, que deveria se livrar de todos os acréscimos e distorções acumulados ao longo dos séculos. O estudo científico do direito romano, a construção de um sistema do direito romano atual, deveria determinar aquilo que ainda era utilizável no presente (KROESCHELL, 1993, p. 130). Em seu grande tratado, considerado um clássico da ciência jurídica, o "Sistema do direito romano atual" (*System des Heutigen Römischen Rechts*), publicado em oito volumes, de 1840 a 1849, o jurista preconizou o retorno às fontes, com o objetivo de substituir o "usus modernus" (WITZ, 2018, p. 15). Também merece destaque a sua doutrina acerca dos princípios da separação e da abstração (*Trennungs- und Abstraktionsprinzip*), que teve efeito revolucionário (SCHLINKER; LUDYGA; BERGMANN, 2019, p. 14).

Savigny e seus sucessores acreditavam ter à disposição no *Corpus Juris Civilis* um "tesouro de figuras jurídicas eternas" (*Schatz an Rechtsfiguren von Ewigkeitwert*). Diante disso, procuraram explorar o Digesto (Pandecta em grego) para construir um corpo de conceitos, regras e princípios que pudessem ser usados no direito positivo, desde que corretamente ordenados e sistematizados, lançando as bases do estudo germânico das Pandectas (*Pandektistik*) (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 139). Por sua tecnicidade e sua abstração, aproxima-se da escola moderna de direito natural. Todavia, o historicismo continuou sendo a base teórica e dogmática desse novo estilo científico (SCHLOSSER, 2012, p. 252).

A partir de meados do século XIX, a ciência das Pandectas assumiu um novo rumo¹³. Deixa de lado a pesquisa puramente histórica para se dedicar a uma

¹³ O estudo das Pandectas garantiu a liderança alemã no mundo dos estudos jurídicos do século XIX. Foi um movimento muito admirado pelos juristas de toda a Europa, exercendo influência significativa no desenvolvimento jurídico de muitos países (ZIMMERMANN, 1996, p. 5).

dogmática jurídica que pudesse regular as questões práticas, no que deu lugar a um sistema de construção conceitual das normas jurídicas, que considera o direito como uma totalidade, o qual se manifesta no sistema de conceitos e proposições jurídicas¹⁴. E tal sistema já apresentava reflexos em textos legais em meados do século XIX¹⁵.

Essa concepção de sistema veio a informar a Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), fundada por Georg Friedrich Puchta (1798-1846)¹⁶, retomada e desenvolvida por Rudolf von Jhering (antes que ele se afastasse dela) e também defendida por Windscheid. A Jurisprudência dos Conceitos, de certo modo, iniciou o afastamento da dogmática jurídica da história do direito, pregando que cada conceito deve ser objeto de uma definição rigorosa, que, por sua vez, é integrada em um todo ou em um sistema. Segundo Jhering, a combinação dos vários elementos permite que a ciência crie novas noções e novas regras (WITZ, 2018, p. 16). Assim sendo, a ciência do direito se assemelha à matemática, de maneira que os problemas jurídicos poderiam ser resolvidos por cálculos lógicos, o que reduziria a função do juiz à de um autômato da subsunção (ROBBERS, 2017, p. 149), visto que o magistrado estava estritamente vinculado aos termos legais que se faziam presentes no direito positivo (SCHLOSSER, 2012, p. 253).

Por derradeiro, o segundo ramo da Escola Histórica, a Escola dos Germanistas, lida com as fontes puramente locais da vida jurídica alemã¹⁷. Eichhorn, o fundador da referida escola, parte do princípio de que o direito privado na Alemanha é composto de dois componentes iguais, as Pandectas e o direito de origem alemã. Reyscher, por outro lado, defende o retorno de todo o direito de origem local, correspondente às particularidades do povo, sendo o direito romano

¹⁴ Nessa linha, é muito claro o programa traçado por Rudolf von Jhering, em 1852, isto é: uma teoria jurídica produtiva deve substituir uma teoria puramente receptiva, graças a um arsenal de conceitos, que pode satisfazer a necessidade de plenitude do sistema jurídico e dar resposta aos novos problemas (WITZ, 2018, p. 15).

¹⁵ O Código Civil da Saxônia (1863), um dos mais notórios exemplos dessa influência, continha uma parte inicial intitulada "*allgemeine Bestimmungen*" (MORAES, 2018, p. 96).

¹⁶ Conforme o entendimento de Puchta, não era mais o "*Volksgeist*", mas sim somente os juristas que deveriam decidir acerca da criação do direito (HÄHNCHEN, 2016, p. 310).

¹⁷ A Escola dos Germanistas gozou de menos prestígio se comparada à Escola dos Romanistas. Os germanistas se dedicaram à apresentação sistemática do direito alemão medieval do período anterior à recepção do direito romano. Consideravam que nesse direito estava incorporada a verdadeira consciência popular alemã (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 149).

qualificado como um corpo estranho, um direito estrangeiro. E no fim do século XIX, a obra de Otto von Gierke, o mais famoso representante da Escola dos Germanistas, constitui uma soma das instituições germânicas do direito alemão (WITZ, 2018, p. 16).

7 A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES

Rudolf von Jhering (1818-1892) inicialmente se apresentou como um romanista tradicional, mas se tornou insatisfeito com o raciocínio lógico abstrato. Envolveu-se então com problemas sociais de seu tempo, voltando-se para uma ciência do direito pragmática, o que resultou dos estudos da obra do inglês Jeremy Bentham (1748-1832). Deu então os primeiros passos rumo ao desenvolvimento da jurisprudência dos interesses (*Interessenjurisprudenz*)¹⁸.

O seu trabalho "*Der Kampf ums Recht*" (A Luta pelo Direito), de 1872, abriu uma nova etapa nos estudos jurídicos, apresentando explicitamente o direito como objeto de uma luta pelos interesses coletivos e pelo poder, como resultado de forças políticas (CAENEGEM, 1995, p. 163).

Jhering considerava que a vida não deve se curvar aos princípios, mas sim os princípios que devem ser amoldados à vida. Parte da ideia de que a finalidade (*Zweck*), e não a lógica, que é a criadora de todo o Direito. A finalidade é considerada pelo autor como a força motriz do Direito. Aliás, a finalidade também faz parte do título de sua célebre obra "*Der Zweck im Recht*" (A finalidade do Direito), bem como seu lema: "A finalidade é a criadora do Direito". E com base nisso que o autor desenvolveu seu conceito de direito subjetivo, que o conduziu a formular seu próprio conceito de Direito (WITZ, 2018, p. 17).

Nessa linha, a Jurisprudência dos Interesses considera que na base de toda regulamentação jurídica existem determinados interesses que o legislador quer

¹⁸ A dogmática do direito civil moderno tem grande débito para com Jhering, pois ele elaborou vários institutos jurídicos hoje indispensáveis. Entre outros, pode-se citar a doutrina da responsabilidade pela "*culpa in contrahendo*" e a doutrina da natureza abstrata da procuração (SCHLOSSER, 2012, p. 255-257).

promover ou equilibrar. Daí que a verdadeira compreensão da norma só pode ser obtida por meio do conhecimento desses interesses (WITZ, 2018, p. 17).

É inegável que a Jurisprudência dos Interesses deixou uma marca duradoura na doutrina e na jurisprudência alemãs. A despeito disso, os estudiosos alemães não perderam o gosto por conceitos precisos e pela visão matemática do direito, que o BGB ajudou a preservar até os dias atuais.

8 A LENTA MARCHA EM DIREÇÃO À UNIDADE DO DIREITO

Com o fim das Guerras Napoleônicas, a Prússia se tornou o maior estado alemão, alcançando também prosperidade econômica. A vitória sobre Napoleão fez crescer a esperança de unificação dos estados alemães em uma única nação, porém, isso acabou não acontecendo na primeira metade do século XIX (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 148).

Mais tarde, na segunda metade do século XIX, assumindo uma política hábil e belicosa, Otto von Bismarck (1815-1898) levou a Prússia a duas campanhas militares vitoriosas: uma contra a Áustria e a outra contra a França. Após a vitória na Batalha de Königgrätz (1866), a Prússia promoveu novas anexações (Schleswig-Holstein, Hannover, Kurhessen, Nassau e Frankfurt) e constituiu, em 1867, uma Federação de Estados da Alemanha do Norte (*Norddeutscher Bund*), o que foi aceito pela Áustria, que saiu derrotada da Guerra Austro-Prussiana (HÄHNCHEN, 2016, p. 323). Em seguida, com a vitória sobre a França, a Prússia obteve a adesão dos Estados da Alemanha do Sul à Confederação da Alemanha do Norte, surgindo o Império Alemão (*Deutsches Reich*). O título de imperador foi oferecido ao rei da Prússia (EISENHARDT, 2008, p. 366-368).

A partir da criação do Império Alemão, em 1871, entendeu-se que a Alemanha unificada deveria ter seus próprios códigos. A exigência de codificação do direito fazia parte do programa do liberalismo burguês do século XIX (SCHLOSSER, 2012, p. 251). Os primeiros passos dados foram no sentido de unificar e modernizar a organização judiciária, o processo civil e a legislação de falência. Houve então a aprovação e a promulgação da Lei de Organização Judiciária

(*Gerichtsverfassungsgesetz – GVG*), do Código de Processo Civil (*Zivilprozessordnung – ZPO*), da Lei sobre jurisdição voluntária (*Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – FGG*) e da Lei de Falência (*Konkursordnung – KO*) (ZIMMERMANN, 1996, p. 6).

As competências do *Reich*, que inicialmente eram bastante restritas, foram rapidamente ampliadas (WIEACKER, 2004, p. 536). E justamente nesse processo de alargamento das competências do Império que entrou o direito civil, visto que para a sua unificação foi necessária uma modificação constitucional, pois a competência legislativa do *Reich* apenas abrangia o direito das obrigações, o direito comercial, o direito penal e o direito do processo judicial¹⁹. Ao se promover referida modificação constitucional, estava então aberto o caminho para o processo de elaboração de um Código Civil alemão (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 140).

Os estudiosos do direito e os legisladores promoveram então um esforço comum com o objetivo de criar unidade jurídica na Alemanha, pelo menos no que toca à área do direito civil, que era bastante fragmentado, o que não era conveniente para uma nação moderna, visto que dificultava o desenvolvimento econômico (WOLF; NEUNER, 2016, p. 83-84). De fato, vigoravam legislações civis muito variadas, como o *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* na Baviera, o *Allgemeines Landrecht* na Prússia, o Código Civil de 1863 na Saxônia (*Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen*), o *Badisches Landrecht* (baseado em uma tradução do Código Civil francês) no Grão-ducado de Baden, bem como outras legislações locais (LEIPOLD, 2010, p. 16). Nesse processo, a influência da Escola Histórica foi decisiva, limitando as fontes da codificação aos sistemas jurídicos que já tinham vigorado na Alemanha. Contudo, em virtude de disputas políticas, não foi fácil a preparação do BGB, o que exigiu mais de vinte anos (EISENHARDT, 2008, p. 382).

¹⁹ Referida modificação constitucional, datada de 20 de dezembro de 1873, que ampliou a competência legislativa do *Reich* para compreender todo o direito civil, é conhecida como “Lex Miquel-Lasker”, em homenagem aos deputados liberais nacionalistas Lasker e Miquel (WOLF; NEUNER, 2016, p. 83-84).

9 O PROCESSO DE CRIAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO

Em 28 de fevereiro de 1874 foi atribuída a uma comissão preparatória (*Vorkommission*)²⁰ de cinco juristas a elaboração de um parecer sobre o plano e a metodologia de um projeto de lei para a elaboração do BGB (SÄCKER, 1993, p. 7).

Em seguida, em 2 de julho de 1874, foi constituída uma comissão de onze membros (*erste Gesetzgebungskommission*), que trabalhou a portas fechadas durante treze anos. A comissão era composta por seis juízes, dois professores e três altos funcionários do ministério, sendo então bastante diversificada. Contava, entre seus membros, com o célebre pandectista Bernhard Windscheid (1817-1892), autor do famoso "*Lehrbuch des Pandektenrechts*", que teve papel decisivo nos trabalhos, influenciando no espírito e na forma do primeiro projeto (SCHLINKER; LUDYGA; BERGMANN, 2019, p. 15).

Em 1887, a comissão tornou público seu projeto, acompanhado de cinco volumes de exposição de motivos (*Motive zum Ersten Entwurf*). Tal projeto, conhecido como "primeiro projeto" (*Erster Entwurf*), foi duramente criticado em relação à sua forma e conteúdo. Em razão da forte influência da ciência das pandectas, o projeto apresentava forma muito dogmática. Sua linguagem jurídica hermética, pesada e abstrata, estranha ao povo e em busca de precisão, não apresentava a clareza que se esperava. Ainda, sua técnica de reenvio também sofreu forte oposição em virtude de sua complexidade (BRAUNEDER, 2014, p. 144-145).

Otto Friedrich von Gierke (1841-1921), o mais importante germanista, censurou o projeto particularmente por ter adotado princípios do direito romano, abandonando as instituições de origem germânica, bem como por seguir as tendências capitalistas, sendo puramente individualista, formalista e antissocial, mais parecendo um *Pandektenkompendium* (EISENHARDT, 2008, p. 383-385).

²⁰ A tradução literal do termo *Vorkommission* seria "pré-comissão", como consta inclusive na tradução da obra de Franz Wieacker para o português (WIEACKER, 2004, p. 537). A despeito da possível tradução literal, preferimos traduzir *Vorkommission*, na linha do que foi adotado por Otavio Luiz Rodrigues Junior, como comissão preparatória, termo que dá maior fluência ao texto e é autoexplicativo (RODRIGUES JUNIOR, 2013, p. 79-155).

Ainda mais acerbadas foram as críticas de Anton Menger von Wolfensgrün (1841-1906), um jurista austro-húngaro que lecionou na Universidade de Viena. Em sua obra publicada em 1890 (*Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*), o estudioso denunciou os efeitos nocivos do princípio da liberdade contratual, do direito de propriedade individual, bem como do direito das sucessões, cuja orientação se voltava para a proteção dos interesses das classes dominantes, em detrimento dos mais fracos, isto é, aquelas classes que não tinham posses. Todavia, tais críticas, que chamavam a atenção para o caráter conservador do projeto, tiveram efeitos relativamente limitados (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 140).

Considerando as críticas lançadas ao trabalho em torno do “primeiro projeto”, o Governo Imperial, em 4 de dezembro de 1890, instituiu uma segunda comissão, mais substancial, a qual também era formada por não-juristas. O relator geral dessa comissão foi Gottlieb Karl Georg Planck (1824-1910), juiz e professor honorário da Universidade de Gotinga (*Universität Göttingen*), que mais tarde publicou um dos primeiros comentários ao BGB, além de ser considerado por muitos juristas o pai intelectual do BGB (HÄHNCHEN, 2016, p. 336). Windscheid foi excluído, não fazendo mais parte da comissão. Também ficaram de fora da segunda comissão os célebres jurisconsultos da época: Gierke, Kohler e von Jhering (WITZ, 2018, p. 20).

O segundo projeto (*Zweiter Entwurf*) foi concluído em 1895 e encaminhado ao Conselho Federal (*Bundesrat*), isto é, a câmara alta do Parlamento alemão. Foram feitas correções e complementações no primeiro projeto, de maneira a temperar seu individualismo gélido, o que Gierke chamou de “uma gota de óleo socialista” (*ein Tropfen sozialistischen Öls*)²¹.

Em 1896, após novas alterações promovidas pela Comissão Judiciária, o projeto foi submetido, juntamente com um memorando preparado pelo governo

²¹ A crítica de Gierke foi feita na obra “*Die soziale Aufgabe des Privatrechts*”, publicada em 1889. Contudo, vale observar que o jurisconsulto não defendia um BGB socialista, mas sim que a codificação devia ter postura mais social (HÄHNCHEN, 2016, p. 336). Aliás, tal frase talvez constitua “uma réplica inconsciente do célebre dito de Ludwig Uhland na Igreja de S. Paulo em 22 de Janeiro de 1849 – não haveria de brilhar na Alemanha nenhuma cabeça que não estivesse temperada com uma gota de óleo democrático –, mas sem a força expressiva poética do jogo de palavras de Uhland, que aludia à unção do rei com os óleos sagrados” (WIEACKER, 2004, p. 538-539).

(*Denkschrift des Reichsjustizamtes*), ao *Reichstag* (a câmara baixa do Parlamento alemão), que o analisou com o nome de terceiro projeto (*Dritter Entwurf*), primeiro em comissão e posteriormente em plenário (SÄCKER, 1993, p. 8).

O Código Civil foi aprovado pelo *Reichstag* em 1º de julho de 1896, com 222 votos favoráveis e 48 contrários, e publicado em 18 de agosto de 1896, o que marcou o fim do longo período de fragmentação jurídica alemã no âmbito do direito civil (SCHLINKER; LUDYGA; BERGMANN, 2019, p. 16). Na mesma data foi promulgada a Lei de Introdução ao Código Civil (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch – EGBGB*), dedicada aos conflitos de leis no tempo e no espaço. A entrada em vigor do BGB foi marcada para 1º de janeiro de 1900, ao argumento de que o novo século deveria ser aberto com a nova legislação (LEIPOLD, 2010, p. 18).

O BGB é inegavelmente o resultado lógico do trabalho científico dos professores alemães. Esses professores dominaram intelectualmente as comissões de *experts* encarregadas da elaboração do código no período de 1874 a 1895. Os elementos materiais utilizados para a construção da codificação decorrem do estudo sistemático do direito romano do período de Justiniano, o que representou, pode-se afirmar, uma segunda recepção do direito romano pelos alemães (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 23-24).

Como consequência disso, o Código alemão se caracteriza por um grande esforço de abstração e de generalização das regras, o que levou à criação da célebre “parte geral” (*Allgemeiner Teil*), que foi colocada no início da codificação e que posteriormente foi copiada pela legislação de muitos outros países (KÜHL; REICHOLD; RONELLENFITSCH, 2019, p. 70). Trata-se de uma parte que reúne todas as regras comuns às diferentes áreas do direito civil, abrangendo as teorias da capacidade, da declaração de vontade, do ato jurídico, da execução de deveres jurídicos e da prescrição²². Os redatores ainda empreenderam um grande esforço

²² Além da parte geral, é evidente a influência dos pandectistas em toda a estrutura do BGB, que conta ainda com os livros referentes ao direito das obrigações (*Schuldrecht*), direito das coisas (*Sachenrecht*), direito de família (*Familienrecht*) e direito das sucessões (*Erbrecht*) (BRAUNEDER, 2014, p. 144-145). Aliás, tal forma de subdividir o direito privado remete à famosa classificação tripartite introduzida por Gaius em suas Institutas: *personae, res, actiones* (ZIMMERMANN, 1996, p. 9). E tal influência dos pandectistas também pode ser facilmente notada em relação ao Código Civil brasileiro de 1916, bastando, para tanto, uma comparação com o BGB no que toca à sua estruturação.

para que a legislação alcançasse a excelência e o rigor terminológico. O resultado é que o texto é complexo, de difícil leitura para o leigo, mas muito sistemático e muito lógico (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 23-24).

Por fim, vale observar que o BGB marcou época, gozando de elevada reputação em outros países, de forma semelhante à do *Code Napoléon*²³. De fato, o BGB serviu de modelo de codificação para várias nações e, no caso do Brasil, a codificação alemã tem ainda especial relevância, haja vista a tradicional influência germânica na legislação civil brasileira, o que se nota facilmente no Código Civil de 1916, obra concebida por Clóvis Beviláqua²⁴.

10 DO INÍCIO DO SÉCULO XX AO FIM DA REPÚBLICA DE WEIMAR

A República de Weimar (1918-1933) foi uma democracia de feição social, a qual teve os sociais-democratas, pode-se dizer, como seus verdadeiros fundadores (KROESCHELL, 1993, p. 251). Foi um período breve e bastante conturbado, que, ao lado de convulsões institucionais, também foi marcado pela profunda crise econômica e monetária do pós-guerra. Todas essas dificuldades promoveram notáveis repercussões em todos os ramos do direito.

No âmbito do direito civil, a codificação já ocupava o papel central. A despeito disso, em função dos problemas econômicos e sociais decorrentes da Primeira Guerra Mundial, foi necessária a intervenção do legislador por meio de muitas leis nas áreas de locação, trabalho e propriedade (KÖHLER, 2013, p. 17). Entre referidas leis, merecem ser lembradas duas que, fora do BGB, e com acentuado caráter social, procuraram proteger os locatários de habitações: a lei de

O mesmo pode ser dito quanto à Consolidação das Leis Civis, obra de Teixeira de Freitas, que mais de quarenta anos antes do BGB já se organizava com uma parte geral (LÔBO, 2021, p. 44).

²³ É interessante observar que o principal seguidor do BGB foi o Japão, que adotou a codificação alemã em 1898, antes mesmo da sua entrada em vigor na Alemanha. O BGB também exerceu forte influência no código suíço de 1907 (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch*) e no código chinês de 1929 (CAENEGEM, 1995, p. 246).

²⁴ Conforme leciona Lôbo, o Código Civil brasileiro de 1916 era "um misto das contribuições de Teixeira de Freitas, do Código Civil francês de 1804 e dos pandectistas alemães do final do século XIX (assim denominados porque seus estudos tinham como referência as *Pandectas* do *Corpus Juris Civilis*, adaptadas às necessidades da Alemanha, que se industrializava), além do Código Civil alemão de 1900" (LÔBO, 2021, p. 40).

1922 fixou os aluguéis de forma autoritária (*Reichsmietengesetz*), enquanto a lei de 1923 protegeu os inquilinos contra a rescisão unilateral da locação (*Mieterschutzgesetz*) (WOLF; NEUNER, 2016, p. 86). Ainda, objetivando combater a especulação dos preços dos imóveis, bem como para dar oportunidade à população mais carente de adquirir um imóvel, foi promulgada a Ordenança sobre o Direito de Superfície (*Verordnung über das Erbbaurecht - ErbbauVO*) (ZANINI, 2016, p. 74-75), de 15.1.1919, que regulou a matéria de forma detalhada, substituindo as disposições lacunosas e impraticáveis do BGB (§§ 1012 a 1017) (SÄCKER, 1993, p. 11).

E vale notar que o conteúdo social dessas leis pode ser melhor compreendido quando se considera que a Constituição de Weimar, que se caracterizou por seu espírito liberal e social, determinou que "a propriedade obriga", isto é, sua utilização deve ao mesmo tempo servir ao bem comum (art. 153, 3)²⁵.

Outrossim, para lidar com o colapso econômico e monetário do pós-guerra, a solução encontrada pelo *Reichsgericht* foi a utilização das cláusulas gerais do BGB (§§ 242 e 138). É a chamada "fuga nas cláusulas gerais" (*Flucht in die Generalklauseln*), que contou com a orientação e o incentivo de escolas de pensamento, como a Jurisprudência dos Interesses e a Escola do Direito Livre (KROESCHELL, 1993, p. 253). Tal movimento possibilitou a revisão judicial dos contratos cuja manutenção intangível se tornaria insuportável para uma das partes. E nesse contexto, a teoria do desaparecimento da base contratual (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) foi, de fato, como reação aos efeitos da hiperinflação, apenas uma aplicação particular do princípio da boa-fé (*Leistung nach Treu und Glauben*), estabelecido pelo § 242 BGB (KÖHLER, 2013, p. 17).

Realmente, as importantes criações jurisprudenciais desse período devem muito ao clima doutrinário, marcado pelo apogeu da Jurisprudência dos Interesses. Ademais, a turbulência intelectual também se manifestou com a criação da Escola do Direito Livre (*Freirechtsschule*), fundada por Ernst Fuchs e Hermann Kantorowicz.

²⁵ Art. 153, 3 da Constituição de Weimar: "*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste*".

Para tal escola, o juiz deve tomar a decisão que, segundo sua convicção, seria a do legislador ou, na sua falta, segundo o direito livre²⁶.

Por conseguinte, durante a República de Weimar, é notório que a Jurisprudência dos Interesses e a Escola do Direito Livre forneceram os elementos que levaram a importantes mudanças estruturais no direito privado.

11 O PERÍODO NACIONAL-SOCIALISTA

A partir da ascensão do nacional-socialismo foram tomadas medidas para garantir a manutenção e a expansão do poder do regime, como a promulgação de leis e a criação de tribunais especiais. Nesse contexto, depara-se com a degeneração do direito²⁷ pela legislação nacional-socialista, que pode ser reduzida a três máximas principais: o princípio do líder (*das Führerprinzip*), o princípio da desigualdade racial (*das Prinzip der völkisch-rassischen Ungleichheit*) e princípio da comunidade nacional (*Prinzip der Volksgemeinschaft*) (WOLF; NEUNER, 2016, p. 86).

A degeneração do direito atingiu seu ápice com a legislação racial, que teve início em 1935 com as infames “Leis de Nuremberg”: a) a Lei de Cidadania do *Reich*, que restringia os direitos políticos dos judeus; b) a Lei de Proteção ao Sangue e à Honra Alemã, que interessa particularmente ao direito de família, pois proibia casamentos entre judeus e súditos de sangue alemão ou assimilado, bem como relações extraconjugais, aplicando-se aos infratores pesadas penas de prisão (WITZ, 2018, p. 22-23). Outras expressões importantes da ideia de discriminação racial podem ser encontradas na Lei sobre Contratos de Locação com Judeus (*Gesetz über Mietverhältnisse mit Juden*), de 1939 e na Lei sobre Testamento (*Testamentsgesetz*), de 1938 (WOLF; NEUNER, 2016, p. 87).

No âmbito do direito civil, a ditadura Nacional-Socialista pretendia empreender profundas reformas, o que envolvia a revogação do BGB, que era

²⁶ Contudo, vale notar que as graves derivações da interpretação jurisprudencial do período nacional-socialista mostraram, posteriormente, todos os perigos inerentes à livre interpretação da lei (WITZ, 2018, p. 22).

²⁷ A doutrina alemã contemporânea também se refere ao fenômeno como a “perversão do direito” (*Rechtsperversion*) (RÜTHERS, 2016, *passim*).

desprezado pelo partido, pois era considerado como produto de uma era liberal, materialista e individualista (VLIET, 2000, p. 193). O caráter conceitual e a abstração do sistema do BGB ofereciam pontos adicionais para as críticas dos nacionalistas-socialistas, que eram a favor de uma legislação mais concreta (KÖHLER, 2013, p. 18).

No lugar do BGB, seria aprovado um “Código do Povo” (*Volksgesetzbuch*), que negaria a tradição do direito romano e retornaria à pureza do direito germânico (BRAUNEDER, 2014, p. 160). Esse código seria forjado segundo a nova ideologia, fazendo apelo à consciência popular, à alma de raça (*Rassenseele*), bem como aos interesses da comunidade, que devem prevalecer sobre os interesses dos indivíduos (“*Du bist nichts, dein Volk ist alles*”)²⁸. Nessa linha, o § 1 do Livro I do Projeto de Código previa: “Cada companheiro do povo deve, por meio de sua pessoa e de seu patrimônio, dar à comunidade popular o que é necessário para sua existência e sua prosperidade”. Também se propunha a abolição da distinção entre direito público e direito privado (WITZ, 2018, p. 24).

Apesar das intenções do nacional-socialismo, o BGB provou ser um código muito estável (CAENEGEM, 1995, p. 162). Desse modo, como o novo código não foi promulgado, os nazistas tiveram que se contentar a forçar os juízes a interpretar e aplicar o BGB de acordo com a visão nacional-socialista do mundo (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 24). E nesse ponto não se pode olvidar da utilização de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais (especialmente a boa-fé objetiva e os bons costumes), que foram bastante convenientes para impregnar o sistema jurídico com o espírito da nova ideologia jurídica nacional (*völkisch*) (ZIMMERMANN, 1996, p. 25).

Outrossim, a comunidade jurídica conheceu as mesmas divisões da população alemã. De fato, muitos juristas que se opuseram aos defensores do regime acabaram seguindo o caminho do exílio e tiveram que tentar se reorientar em um novo e estranho ambiente. Outros realizaram resistência (passiva ou ativa) ou

²⁸ Os trabalhos preparatórios para a elaboração do *Volksgesetzbuch*, realizados até meados de 1942 na Academia de Direito Alemão (*Akademie für Deutsches Recht*), sob a direção do professor de direito Justus Wilhelm Hedemann, fracassaram miseravelmente (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 150).

tentaram sobreviver mantendo o mínimo possível de relação com o novo regime. E há ainda aqueles que tentaram provar ser dignos da confiança neles depositada por terem sido agraciados com uma promoção acelerada nos cargos vagos (ZIMMERMANN, 1996, p. 23).

Ademais, vale ainda notar que nesse período as faculdades de direito perderam um terço dos seus quadros. Grandes mestres emigraram, como foi o caso de Ernst Rabel, Max Rheinstein, Stefan Riesenfeld, Rudolf B. Schlesinger. Parte desses estudiosos permaneceu no exterior, lá desempenhando um papel doutrinário de liderança (WITZ, 2018, p. 24). A maioria dos docentes que permaneceu na Alemanha continuou a carreira no país no pós-guerra. Vários deles se tornaram grandes mestres em sua disciplina. Entretanto, a posição de alguns professores durante o período sombrio continua a gerar acalorada polêmica (RÜTHERS, 2016, *passim*).

Tudo isso expõe o obscuro capítulo da atividade do Nacional-Socialismo no que toca ao direito privado, o que representa apenas uma das facetas da decadência da cultura jurídica no período do terceiro *Reich* (WOLF; NEUNER, 2016, p. 87).

12 O PERÍODO DE OCUPAÇÃO DA ALEMANHA PELOS ALIADOS

Em 8 de maio de 1945, o Alto Comando da *Wehrmacht* assina a capitulação incondicional (*bedingungsloser Kapitulation*) do Terceiro *Reich* às forças aliadas. Era o fim da Segunda Guerra Mundial na Europa e o início da ocupação do território alemão pelas tropas aliadas. As quatro potências vencedoras (Estados Unidos, Reino Unido, França e União Soviética) dividiram o território alemão em quatro zonas, que foram governadas até 1949 pelas forças de ocupação (*Besatzungszeit*). Berlim, a antiga capital, encravada no território que se tornaria a Alemanha Oriental, também foi dividida em quatro setores²⁹.

²⁹ Não houve dúvida para os Aliados no sentido de que a Alemanha havia deixado de existir como Estado, o que era absolutamente defensável de acordo com a teoria clássica, a qual assevera que um Estado não mais existe quando deixa de ter território, poder estatal e povo (STOLLEIS, 2018, p. 162-163). O próprio Hans Kelsen, que tinha emigrado para os Estados Unidos em 1944, chegou a afirmar que a Alemanha tinha deixado de existir como um Estado Soberano (HÄHNCHEN, 2016, p. 404-405). Todavia, como aponta Stolleis, "os fatos e documentos de ocupação eram interpretados no

Foi criado o Conselho de Controle Aliado (*Alliiertes Kontrollrat*), órgão encarregado da direção das zonas ocupadas pelos Aliados na Alemanha, cujo funcionamento se deu até 1948 (STOLLEIS, 2018, p. 162). Pela Lei n.º 1 do Conselho de Controle (*Kontrollratsgesetz Nr. 1*), de 20 de setembro de 1945, foi enumerada a legislação do regime nacional-socialista expressamente revogada, a qual basicamente contrariava a igualdade das pessoas perante a lei, uma vez que previa discriminação com base em raça, nacionalidade, fé, oposição ao Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães ou aos seus ensinamentos³⁰.

No que toca ao direito privado, a revogação da legislação nacional-socialista pelo Conselho de Controle Aliado representava uma espécie de limpeza democrática do Código Civil, particularmente no âmbito do direito de família e do direito das sucessões. Diz-se que o BGB, após o fim da Segunda Guerra Mundial, reergueu-se como uma fênix das cinzas (SCHLOSSER, 2012, p. 305).

Em relação à administração da Justiça, o Comandante Supremo das Forças Aliadas, General Eisenhower, ordenou, em março de 1945, ou seja, antes mesmo do término da guerra na Europa, que todos os tribunais alemães, dentro da área de

sentido de preservar a Alemanha sob o aspecto não apenas intelectual, mas também jurídico” (STOLLEIS, 2018, p. 162-163).

³⁰ A “descontaminação” do direito privado durante o período de ocupação se limitou basicamente ao disposto na *Kontrollratsgesetz Nr. 1*, relativa à revogação do direito nacional-socialista (WOLF; NEUNER, 2016, p. 88). Houve então a revogação explícita pela *Kontrollratsgesetz Nr. 1* da seguinte legislação nacional-socialista: a) *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*; b) *Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums*; c) *Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens*; d) *Gesetz zum Schutze der nationalen Symbole*; e) *Gesetz gegen die Bildung von Parteien*; f) *Gesetz über Volksabstimmung*; g) *Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat*; h) *Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutz der Parteiuniform*; j) *Reichsflaggengesetz*; k) *Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*; l) *Reichsbürgergesetz*; m) *Preußisches Gesetz über die Geheime Staatspolizei*; n) *Gesetz über die Hitler-Jugend*; o) *Verordnung gegen die Unterstützung der Tarnung jüdischer Gewerbebetriebe*; p) *Verordnung über die Anmeldung des Vermögens von Juden*; q) *Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung für das Deutsche Reich*; r) *Zweite Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die Änderung von Familiennamen und Vornamen*; s) *Verordnung Reisepässe*; t) *Verordnung zur Ausschaltung der Juden aus dem deutschen Wirtschaftsleben*; u) *Polizeiverordnung über das Auftreten der Juden in der Öffentlichkeit*; v) *Verordnung den Nachweis deutschblütiger Abstammung*; w) *Polizeiverordnung über die Kennzeichnung der Juden*; x) *Verordnung über die Beschäftigung von Juden*; y) *Erlaß des Führers über die Rechtsstellung der NSDAP*; z) *Polizeiverordnung über die Kenntlichmachung der im Reich befindlichen Ostarbeiter und –arbeiterinnen*. Para a República Federal da Alemanha (RFA), a Lei n.º 1 do Conselho de Controle somente perdeu a vigência com a entrada em vigor da Primeira Lei de Revogação do Direito de Ocupação, de 30 de Maio de 1956. Para a República Democrática Alemã (RDA), a Lei n.º 1 do Conselho de Controle foi revogada pelo Conselho de Ministros da URSS, em 20 de Setembro de 1955.

ocupação, estavam fechados até segunda ordem (HÄHNCHEN, 2016, p. 414). As forças de ocupação cuidaram temporariamente da justiça penal, mas já no outono de 1945 se iniciou a reconstrução do sistema jurídico alemão (EISENHARDT, 2008, p. 456).

Com Lei n.º 3 do Conselho de Controle (*Kontrollratsgesetz Nr. 3*), os aliados estabeleceram os fundamentos para a reestruturação da administração da justiça, o que incluía a igualdade perante a lei e a publicidade dos processos judiciais (EISENHARDT, 2008, p. 457).

Em 20 de outubro de 1945, com a promulgação da Lei n.º 4 do Conselho de Controle (*Kontrollratsgesetz Nr. 4*), a Justiça foi reorganizada de acordo com a Lei de Constituição dos Tribunais (*Gerichtsverfassungsgesetz*), de 1877. Ao mesmo tempo, foi determinado que todos os ex-membros do Partido Nazista, que haviam atuado ativamente pelos seus objetivos, fossem destituídos dos cargos de juízes e promotores de justiça³¹.

Nessa senda, na primavera de 1946, os tribunais ordinários, na conhecida estrutura de três níveis (*Amtsgericht, Landgericht e Oberlandesgericht*), estavam novamente funcionando, embora parcialmente. E ao lado da jurisdição ordinária, surgiram jurisdições especiais, primeiro a jurisdição do trabalho (*Arbeitsgerichtsbarkeit*) e depois a jurisdição administrativa (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*). Aliás, o estabelecimento de um sistema judicial administrativo, com independência e possibilidade dos cidadãos contestarem os atos da administração, foi de grande significação para a implementação do Estado de Direito na Alemanha Ocidental (EISENHARDT, 2008, p. 458).

Por derradeiro, em maio de 1949 foi criada, nas três zonas de ocupação ocidental, a República Federal da Alemanha (RFA). A União Soviética então anunciou, em outubro de 1949, a fundação da República Democrática Alemã (RDA). Isso

³¹ Acerca dos ex-membros do Partido Nazista, que atuavam na administração da Justiça, dispôs o art. IV da *Kontrollratsgesetz Nr. 4*: "Zwecks Durchführung der Umgestaltung des deutschen Gerichtswesens müssen alle früheren Mitglieder der Nazipartei, die sich aktiv für deren Tätigkeit eingesetzt haben, und alle anderen Personen, die an den Strafmethoden des Hitlerregimes direkten Anteil hatten, ihres Amtes als Richter und Staatsanwälte enthoben werden und dürfen nicht zu solchen Ämtern zugelassen werden". E tal previsão praticamente significou a substituição de quase todos os membros de tribunais (HÄHNCHEN, 2016, p. 415).

marcou a divisão do país, a qual durou mais de quarenta anos. Somente em 1990 ocorreu a reunificação da Alemanha, quando o território da antiga República Democrática da Alemanha foi incorporado à República Federal da Alemanha.

13 O DIREITO DA ALEMANHA OCIDENTAL

O término da Segunda Guerra Mundial marcou o início do processo de desnazificação (*Entnazisierung*) (EISENHARDT, 2008, p. 469). Nesse contexto, o direito da Alemanha Ocidental do pós-guerra se caracterizou pelo retorno ao federalismo, pelo restabelecimento da democracia, pela adoção de um regime parlamentar bastante clássico e pela primazia dos direitos fundamentais, tendo como primeiro garante o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht* - BVerfG) (WITZ, 2018, p. 26).

Viu-se, nesse período, a constitucionalização de vários ramos do direito, valendo aqui notar que o direito brasileiro foi fortemente influenciado pela dogmática alemã em matéria de direitos fundamentais, com particular destaque para a relação dos direitos fundamentais com o direito privado, isto é, a chamada *Drittwirkung* (WOLFGANG SARLET, 2017, p. 65-66)³².

O estabelecimento de um Estado de Direito pela Lei Fundamental³³ assume todo o seu significado à luz da barbárie do Terceiro *Reich*. Contudo, a maior parte dos funcionários dos tribunais, dos funcionários públicos, bem como dos professores universitários permaneceu em suas funções, o que alguns consideram ser uma mancha indelével da República de Bonn (RÜTHERS, 2016, *passim*).

No direito privado, certas características da República de Weimar são encontradas na República Federal da Alemanha (RFA). O desenvolvimento do direito privado foi moldado pelos valores da Lei Fundamental, que garantiu a liberdade contratual, o direito à propriedade, o direito à sucessão hereditária, bem como

³² Vale observar, entretanto, que na Alemanha a eficácia dos direitos fundamentais em relação ao direito privado é indireta (*mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*) (KÖHLER, 2013, p. 19).

³³ A denominação Lei Fundamental foi utilizada no lugar de Constituição, pois ela deveria ser um texto provisório, destinado a organizar a nova República. Isso se explica pelo fato de que a Lei Fundamental deveria ser substituída por uma verdadeira Constituição a partir do momento em que ocorresse a reunificação das duas partes da Alemanha (FERRAND, 1997, p. 11).

ênfatiçou a vinculação social (*soziale Pflichtbindung*) (KÖHLER, 2013, p. 19). Ainda, o recurso às cláusulas gerais do BGB para moralizar a vida contratual (§ 138 do BGB) e para reforçar o princípio da boa fé (§ 242 do BGB) foi tanto mais alargado quanto estas cláusulas gerais se tornaram pontos de violação de direitos fundamentais no direito privado (WITZ, 2018, p. 27).

A atividade legislativa se intensificou e no âmbito do direito privado patrimonial foi necessária a sua adaptação às mudanças econômicas e aos avanços tecnológicos. Entre as leis mais importantes, vale destacar aquela que positivou as condições gerais de contratação (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen - AGB-Gesetz*), de 9 de dezembro de 1976³⁴.

Outrossim, é necessário destacar que uma parte significativa da atividade legislativa é representada pela necessária transposição das diretivas europeias (*Richtlinie*), que objetivam harmonizar os direitos nacionais dos estados membros. Isso levou ao surgimento de um direito do consumidor e de um regime específico de responsabilidade para produtos defeituosos (*Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte - Produkthaftungsgesetz*) (SCHLOSSER, 2012, p. 308), de 15 de dezembro de 1989.

No que toca ao direito de família, houve vigorosa renovação, não obstante tenha permanecido quase inalterado durante a primeira metade do século XX. Realmente, foi necessária a adaptação do direito da família às novas condições sociais e econômicas existentes após a Segunda Guerra Mundial, o que recebeu um impulso especial da Lei Fundamental, a qual estipulou, em seu art. 3, 2, que homens e mulheres têm direitos iguais ("*Männer und Frauen sind gleichberechtigt*"), bem como que as leis que contrariassem tal princípio deveriam deixar de vigorar (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 150).

Nessa linha, vale citar aqui, entre as alterações do direito de família: a) a lei sobre a igualdade entre homens e mulheres (*Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts*), de 18 de junho de 1957; b)

³⁴ Atualmente referida lei não está mais em vigor, visto que a reforma do direito das obrigações no ano de 2002, que foi feita pela "Lei de modernização do direito das obrigações" (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), incluiu as condições gerais de contratação no BGB (§§ 305 a 310) (BROX; WALKER, 2019, p. 39-40).

a lei sobre a condição jurídica do filho ilegítimo (*Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder*), de 19 de agosto de 1969, a qual determinou que a simples pensão de alimentos ao filho natural dá lugar a uma paternidade dotada de verdadeiro estatuto jurídico; c) a lei sobre a reforma do casamento e da família (*Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts*), de 14 de junho de 1976, que substituiu o divórcio por culpa por aquele baseado na ruptura do casamento, reforma esta que muitas vezes foi considerada demasiado radical; d) a lei sobre a adoção (*Adoptionsgesetz*), de 2 de julho de 1976; e) a lei relativa à autoridade parental (*Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge*), de 18 de julho de 1979 (SCHLOSSER, 2012, p. 306-307). E mais uma vez é a influência direta dos direitos fundamentais que está na origem de grande parte da reforma do direito de família, ainda que aí se encontrem as principais tendências dos países ocidentais.

Ademais, a Alemanha dos chanceleres Schmidt e Kohl também se caracterizou pelo estabelecimento de duas comissões de reforma do direito privado, uma para o direito de falências, em 1978, e a outra para o direito dos contratos, em 1985. Contudo, tais reformas somente tiveram sucesso mais tarde (WITZ, 2018, p. 28).

14 O DIREITO DA ALEMANHA ORIENTAL

Pouco após a fundação da República Federal da Alemanha, os soviéticos promoveram, em sua zona de ocupação, a criação da República Democrática Alemã (RDA). Tratava-se de um estado totalitário que existiu de 1949 até 1990 (BRAUNEDER, 2014, p. 160). Baseava-se teórica e ideologicamente no modelo jurídico russo-soviético, fazendo parte dos países que adotavam um modelo jurídico socialista, mas desenvolveu sua própria maneira de moldar o direito privado socialista no território alemão oriental (SCHLOSSER, 2012, p. 335).

O direito privado da República Democrática Alemã foi moldado pela teoria jurídica comunista, que apresenta um posicionamento bastante peculiar no que toca à propriedade privada e à autonomia privada, haja vista os postulados voltados para o interesse coletivo (EISENHARDT, 2008, p. 536-537). Assim sendo, foi necessária a

promoção de muitas alterações na legislação civil, incluindo a adoção de diversos códigos, entre os quais vale mencionar o Código de Família (*Familiengesetzbuch – FGB*), de 20 de dezembro de 1965, o Código Trabalhista (*Arbeitsgesetzbuch – AGB*), de 16 de junho de 1977, e o Código Civil (*Zivilgesetzbuch – ZGB*), que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1976, data até quando o BGB, em grande parte desmantelado, permaneceu em vigor (WOLF; NEUNER, 2016, p. 88).

Entre os traços característicos do ZGB, é possível dar ênfase no seguinte: a) não continha uma Parte Geral (WOLF; NEUNER, 2016, p. 89); b) previa a distinção fundamental entre a propriedade socialista (*sozialistisches Eigentum*), relativa aos meios de produção, e a propriedade individual (*persönliches Eigentum*); c) abandonou o princípio da separação e da abstração em matéria de transmissão da propriedade, bem como deixou de distinguir entre o ato de constituição da obrigação e o ato translativo da propriedade, sem que seja consagrada a transmissão *solo consensu*, uma vez que a transmissão se operava quando do ato da entrega, ou, em caso de venda a prazo, no momento do pagamento do preço (LÜKE, 2018, p. 2); d) proibiu a cláusula de reserva de domínio, que se tornou, é certo, totalmente inútil; e) proibiu a dívida fundiária e as alienações ou cessões fiduciárias a título de garantia, remanescendo apenas a hipoteca e o penhor, com ou sem posse (WITZ, 2018, p. 29).

Em todo caso, vale observar que o ZGB teve uma existência muito breve, isto é, apenas quinze anos. É que com a adesão da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA), a unidade jurídica alemã foi restabelecida no âmbito do direito privado (KÖHLER, 2013, p. 19).

15 A REUNIFICAÇÃO

Após a queda da União Soviética e a revolução pacífica na República Democrática Alemã, houve a abertura da fronteira entre a Alemanha Ocidental e Oriental. Não havia dúvida de que os sistemas jurídicos dos dois estados iriam se aproximar, mas se imagina que seria um processo que levaria muitos anos. Entretanto, a velocidade em que ocorreu a reunificação alemã, após a queda do

muro de Berlim, tanto no plano político como jurídico, foi uma de suas características mais marcantes. Após a assinatura de uma série de tratados, em 3 de outubro de 1990 a divisão da Alemanha teve fim (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 152-153).

O caminho percorrido para alcançar a reunificação não foi a fusão de dois estados em um novo estado, nem a simples anexação de um estado pelo outro, mas sim a adesão (*Beitritt*) dos Estados (*Länder*) da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA). Isso foi realizado com base no art. 23 Lei Fundamental, que contempla a sua aplicação em “outras partes da Alemanha” após sua adesão (EISENHARDT, 2008, p. 559-560). Assim, os territórios da ex-RDA (Brandemburgo, Mecklemburgo-Pomerânia Ocidental, Saxônia, Saxônia-Anhalt e Turíngia) tornaram-se, em 3 de outubro de 1990, Estados-membros da RFA. Estava então consumada a longamente desejada reunificação (STOLLEIS, 2018, p. 242).

Nesse contexto, a unificação do direito foi realizada, não pela elaboração de um direito novo, nem pela introdução progressiva da legislação da RFA, que seria difícil de concretizar, haja vista que já tinha sido criada uma união monetária, econômica e social (Tratado sobre a Criação de uma União Monetária, Econômica e Social), mas pela recepção, quase total, pelos novos *Länder* da ordem jurídica da RFA (*Überleitung von Bundesrecht*) (WITZ, 2018, p. 30).

Desse modo, o BGB e sua Lei de Introdução entraram em vigor nos cinco novos *Länder* em 3 de outubro de 1990, ressalvadas algumas disposições transitórias, específicas de cada livro do BGB e do direito internacional privado (WOLF; NEUNER, 2016, p. 89).

16 O DIREITO DA ALEMANHA REUNIFICADA

Após a reunificação alemã, as reformas no direito de família continuaram a florescer, valendo destacar: a) a Lei sobre a nova regulamentação do sobrenome (*Gesetz zur Neuordnung des Familiennamensrechts*), de 16 de dezembro de 1993, que promoveu a total igualdade dos sexos, reforma esta que resultou em uma complexidade nunca vista; b) a Lei que reformou o estatuto jurídico da criança (*Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts*), de 16 de dezembro de 1997, criando um

direito da criança totalmente uniforme e eliminando as últimas fontes de desigualdade entre filhos legítimos e naturais em matéria de filiação, de autoridade parental, de obrigação alimentícia e de sucessão; c) a Lei sobre a igualdade de herança (*Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder*), de 19 de dezembro de 1997; d) a Lei sobre a parceria de vida, de 16 de fevereiro de 2001 (*Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft*), reservada a pessoas do mesmo sexo; e) a Lei sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo, de 20 de julho de 2017 (SCHLOSSER, 2012, p. 306-307).

No direito privado patrimonial, por seu turno, a reforma mais importante foi a da modernização do direito das obrigações (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), realizada pela lei de 26 de novembro de 2001, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2002. A reforma foi motivada pela implementação de três diretivas: Diretiva de Vendas ao Consumidor, Diretiva de Comércio Eletrônico e Diretiva Contra Atrasos no Pagamento (SCHLOSSER, 2012, p. 309).

O BGB saiu vigorosamente rejuvenescido pela reforma, o que também ocorreu no campo da prescrição (*Verjährungsrecht*), bem como foi reforçado pela incorporação de inúmeras leis especiais, em particular a legislação referente às condições gerais de contratação (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*) e atinente à defesa do consumidor (KÜHL; REICHOLD; RONELLENFITSCH, 2019, p. 73).

De qualquer forma, a despeito das inúmeras alterações promovidas em seu texto e das leis especiais que foram promulgadas, é certo que o BGB continua sendo, mesmo passados mais de cem anos de sua entrada em vigor, a base essencial do direito civil alemão (KÖHLER, 2013, p. 9).

17 EUROPEIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

O ingresso da Alemanha na União Europeia foi bastante significativo no campo jurídico. A influência que o direito europeu exerceu nas últimas décadas gerou muitas alterações no direito privado alemão (HÄHNCHEN, 2016, p. 439).

Entre os objetivos da União Europeia temos o afastamento das barreiras comerciais, o incentivo à criação de empregos e a garantia de um elevado nível de proteção ao consumidor. As diretivas certamente assumiram uma posição de destaque entre as ferramentas legislativas à disposição da União Europeia no âmbito do direito privado, particularmente nas áreas do direito contratual, empresarial e autoral, conduzindo à uniformização da regulamentação, bem como promovendo a alteração do direito interno dos países membros (WOLF; NEUNER, 2016, p. 90). Entretanto, convém lembrar que as diretivas apenas se dirigem diretamente aos órgãos legislativos dos Estados-Membros, que devem converter a sua normatização em legislação nacional (SCHLOSSER, 2012, p. 308).

Aliás, a política da União Europeia de harmonização jurídica da legislação dos Estados Membros pela transposição das diretivas fica muito evidente, no âmbito do direito privado, com a implementação de diretivas sobre comércio eletrônico, sobre cláusulas abusivas em contratos com consumidores, sobre crédito ao consumidor, sobre a proteção dos consumidores em relação aos contratos à distância e sobre a responsabilidade por produtos defeituosos (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 152). E esse processo gradual de aproximação jurídica também pode ser sentido quando se considera que a interpretação das leis alemãs de origem europeia se liga às decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (KÜHL; REICHOLD; RONELLENFITSCH, 2019, p. 66).

Ao lado disso, a europeização do direito privado também é objeto de estudo de vários grupos de pesquisa, valendo destacar o grupo *Commission on European Contract Law*, que elaborou os *Principles of European Contract Law (Lando-Prinzipien)*, um marco no longo caminho para a aproximação jurídica dos Estados Membros (WOLF; NEUNER, 2016, p. 91).

Também se oferece aos integrantes da União Europeia uma legislação modelo, partindo da ideia de um chamado quadro de referência comum, sem efeito vinculante, mas que funciona como instrumento para a elaboração de novas leis e auxilia nas decisões judiciais. Esse é o caso, por exemplo, do *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*.

Ademais, existe a ideia de um futuro Código Civil europeu. O Parlamento Europeu, já em 1989 e em 1994, solicitou às instituições europeias que se preparassem para a criação de um Código Civil europeu (KÖHLER, 2013, p. 23). Entretanto, essa questão é bem mais complicada do que a promoção de aproximação das legislações internas dos países, como tem sido feito atualmente. Aliás, em virtude das mais recentes crises europeias, no meio político e entre os juristas tem crescido o ceticismo em torno de uma codificação europeia. E existem ainda aqueles que simplesmente consideram não ser desejável tal unificação (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 152).

Em todo caso, superadas as barreiras políticas e o nacionalismo no que toca à tradição dos códigos nacionais, como o BGB e o *Code Civil*, quem sabe num futuro não muito distante, com a progressiva unificação da legislação dos países europeus, não seja factível a criação de um Código Civil europeu.

18 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da evolução histórica do direito privado alemão, objeto do presente texto, é inegavelmente de grande interesse e importância para a compreensão do direito privado nacional, uma vez que é tradicional a influência germânica na doutrina e na legislação civil brasileira.

Diferentemente do que ocorreu em boa parte da América Latina, o direito privado brasileiro se inspirou não somente no modelo Napoleônico (francês), mas também na sistematização germânica do direito privado. No ápice desse processo de recepção e de influência da cultura jurídica germânica no Brasil está o BGB, mas não se pode olvidar todo o processo evolutivo, extremamente ligado às contingências históricas, que permitiu à Alemanha a criação de tal monumento jurídico.

De fato, como foi visto nesta exposição, não foi nem o legislador e nem o juiz que assumiu o papel fundamental na elaboração e no desenvolvimento do direito privado alemão, mas sim o professor de direito. Aliás, até hoje o professor de direito tem papel muito importante na Alemanha, dando maior cientificidade ao direito

alemão, o que representa um grande contraste quando se compara com outros países que seguem o modelo de direito continental. E ao se embebedar nas fontes germânicas, o direito civil brasileiro também recepcionou um pouco dessa cientificidade jurídica, o que fica evidenciado pela tecnicidade, pela clareza e pelo excesso de abstração na redação do Código Civil de 1916, obra concebida por Clóvis Beviláqua (1859-1944) e nitidamente influenciada pela pandectística.

Ao lado de Clóvis Beviláqua, no século XIX vale ainda destacar a forte inclinação germânica de renomados juristas brasileiros, como foi o caso de Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883) e Antônio Coelho Rodrigues (1846-1912), que se dedicaram ao estudo dos autores alemães da Escola Histórica. E mais recentemente, é inegável o intercâmbio jurídico entre Brasil e Alemanha, visto que tem sido cada vez mais frequente a presença de alunos e professores brasileiros no ambiente acadêmico alemão, fato que renova o vigor das fontes germânicas na doutrina pátria, tanto que é quase impossível encontrar um tratado, um curso ou mesmo um manual de direito civil brasileiro que não faça alusão a dispositivos do BGB.

Por conseguinte, o que se procurou nesse breve estudo foi certamente destacar a relevância do estudo da história do direito privado alemão para a construção do direito privado brasileiro, temática que não pode ser esquecida por aqueles que se dedicam ao direito civil brasileiro. Mais ainda, destaca-se a fundamental importância da história do direito para a formação do espírito de juristas de elevado nível, disciplina que conta com prestígio nas faculdades alemãs, mas infelizmente tem sido negligenciada por muitas escolas de direito do Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AICHELE, Alexander. **Rechtsgeschichte**. München: C.H. Beck, 2017.

BRAUNEDER, Wilhelm. **Europäische Privatrechtsgeschichte**. Wien: Böhlau, 2014.

BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. **Allgemeines Schuldrecht**. 49. ed. München: C.H. Beck, 2019.

BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. **Allgemeiner Teil des BGB**. 31. ed. München: Carl Heymanns Verlag, 2007.

CAENEGER, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. de Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

EISENHARDT, Ulrich. **Deutsche Rechtsgeschichte**. 5. ed. München: C.H. Beck, 2008.

FERRAND, Frédérique. **Droit privé allemande**. Paris: Dalloz, 1997.

FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. **Droit privé allemand**. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017.

HÄHNCHEN, Susanne. **Rechtsgeschichte. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit**. 5. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2016.

KÖHLER, Helmut. **BGB Allgemeiner Teil**. 37. ed. München: C. H. Beck, 2013.

KROESCHELL, Karl. **Deutsche Rechtsgeschichte**. 2. ed. Wiesbaden: Springer, 1993, v. 3.

KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. **Einführung in die Rechtswissenschaft**. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019.

LEIPOLD, Dieter. **BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil**. 6. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, v. 1.

LÜKE, Wolfgang. **Sachenrecht**. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018.

MEDER, Stephan. **Rechtsgeschichte**. 3. ed. Köln: Böhlau, 2008.

MORAES, Bernardo B. Queiroz de. **Parte geral: código civil: gênese, difusão e convencimento de uma ideia**. São Paulo: YK, 2018.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROBBERS, Gerhard. **An Introduction to German Law**. 6. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 938, p. 79-155, dez. 2013.

RÜTHERS, Bernd. Verfälschte Geschichtsbilder deutscher Juristen? Zu den "Erinnerungskulturen" in Jurisprudenz und Justiz. **Neue Juristische Wochenschrift**, Frankfurt, n. 15, p. 1068-1068, 2016.

SÄCKER, Franz Jürgen. Einleitung. In: SÄCKER, Franz Jürgen. **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. 3. ed. München: Verlag C.H. Beck, 1993, v. 1.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do Direito na Europa: Da Idade Média à Idade Contemporânea**. Trad. de Marcos Marcionilo e Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SCHLINKER, Steffen; LUDYGA, Hannes; BERGMANN, Andreas. **Privatrechtsgeschichte**. München: C.H. Beck, 2019.

SCHLOSSER, Hans. **Neuere Europäische Rechtsgeschichte**. München: C.H. Beck, 2012.

SCHMIDT, Jan Peter. **Zivilrechtskodifikation in Brasilien**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

SCHUSTER-OPPENHEIM, Stephan. **Privatrechtsgeschichte**. In: KRÜPER, Julian (Org.). *Grundlagen des Rechts*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 135-155.

SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. **Einführung in das Zivilrecht**. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016.

VLIET, Lars Peter Wunibald van. **Transfer of movables in German, French, English and Dutch law**. Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2000.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

WITZ, Claude. **Le droit allemand**. 3. ed. Paris: Dalloz, 2018.

WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**. 11. ed. München: C.H. Beck, 2016.

WOLFGANG SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e Direito Privado: Notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, vol. 12, ano 4, p. 63-88, jul.-set. 2017.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O Direito de Superfície na Alemanha e o seu Caráter Social. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 7, n. 1, p. 71-91, jan./mar. 2016.

ZIMMERMANN, Reinhard. An Introduction to German Legal Culture. In: EBKE, Werner F.; FINKIN, Matthew W. (Org.). **Introduction to German Law**. Haia: Kluwer Law International, 1996, p. 1-41.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts**. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.