

# Sumário

## **DOCTRINA NACIONAL**

**O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE E A ATIVIDADE PROBATÓRIA EX-OFFICIO DO JUIZ: haveria um tratamento diferenciado no processo civil e no processo penal?**

Artur Cesar de Souza, João Henrique Tatibana de Souza

13-34

**DEFENSORES/AS DE DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA: um ensaio sobre a criminalização e a execução de defensores/as de direitos humanos no Brasil à luz do recente caso Marielle Franco**

Carmen Hein de Campos, Gabrielle Bezerra Sales Sarlet

35-62

**HOMO CONSUMENS EM CAMPUS ALGORÍTMICOS: proteção da vulnerabilidade enquanto direito fundamental e a lei geral de proteção de dados**

Cynthia Obladen de Almendra Freitas, Fábio Henrique Fernandez de Campos

63-90

**A AUTOCOMPOSIÇÃO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO**

Eduardo Augusto Cambi, Bruna Cracco Miranda

91-118

**FUNDEF E REPASSES TARDIOS AOS MUNICÍPIOS DECORRENTES DE DECISÃO JUDICIAL. A questão da vinculação constitucional**

Eduardo Rocha Dias, Othoniel Alves de Oliveira

119-152

**NOTAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL**

Fabio Siebeneichler de Andrade, Lucas Girardello Faccio

153-182

**CONTROLE JUDICIAL AMPLO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E SEUS LIMITES SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

Felipe Klein Gussoli

183-206

<b>A TUTELA DE SITUAÇÕES JURÍDICAS COLETIVAS NO DIREITO BRASILEIRO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS AÇÕES COLETIVAS E O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS INSTITUÍDO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL</b> Handel Martins Dias, Alexandre Lipp João	<b>207-222</b>
<b>O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NA PERSPECTIVA DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE</b> Ilton Garcia da Costa, Caroline Gomes de Mello	<b>223-244</b>
<b>A INSTITUIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE MODERNA PÓS DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: o problema da inclusão/exclusão</b> José Francisco Dias da Costa Lyra	<b>245-272</b>
<b>O IMPACTO ECONÔMICO DA MINORAÇÃO DO VALOR DA CLÁUSULA PENAL DE CONTRATOS EMPRESARIAIS EM RAZÃO DE REVISÃO JUDICIAL</b> Joseliane Sonagli, Sara Spigariol	<b>273-294</b>
<b>O PAPEL CRIATIVO DOS TRIBUNAIS – Técnicas de decisão em controle de constitucionalidade</b> Luís Roberto Barroso, Patrícia Perrone Campos Mello	<b>295-334</b>
<b>A OBRIGAÇÃO EM PERSPECTIVA DISCURSIVA (UMA REVISÃO CONTEMPORÂNEA DA OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO)</b> Maria Cláudia Cachapuz	<b>335-352</b>
<b>PERSPECTIVAS DO USO DE GEOTECNOLOGIAS PARA A PROMOÇÃO DA SUSTENTABILIDADE/PRESERVAÇÃO AMBIENTAL NA AMAZÔNIA LEGAL</b> Mônica Tassigny, Cezar Luiz Bandiera	<b>353-378</b>
<b>O JUIZ E A EMOÇÃO NA ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL</b> Nathaly Campitelli Roque, Iane Naia de Oliveira Ruggiero Del Bel	<b>379-406</b>
<b>O ESVAZIAMENTO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: (re)interpretação através do discernimento</b> Taisa Maria Macena de Lima, Jéssica Rodrigues Godinho	<b>407-436</b>

## **DOCTRINA ESTRANGEIRA**

### ***EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN CHILE***

**Gonzalo Aguilar Cavallo**

**437-470**

### ***GLOBAL SAFETY PASSAPORT: uma solução (im)possível?***

**Inês Neves Avelãs Nunes**

**471-500**

### **LITERATURA E DIREITO**

**Stephan Karl-Theodor Kirste**

**501-528**

### **AUTORREGULAÇÃO, AUTORREGULAMENTAÇÃO E AUTORREGULAMENTAÇÃO REGULAMENTADA NO CONTEXTO DIGITAL**

**Wolfgang Hoffmann-Riem**

**529-554**

## O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE E A ATIVIDADE PROBATÓRIA *EX-OFFICIO* DO JUIZ: HAVERIA UM TRATAMENTO DIFERENCIADO NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO PENAL?

*THE PRINCIPLE OF IMPARTIALITY AND THE PROBATIONARY ACTIVITY EX OFFICIO OF THE JUDGE: WOULD THERE BE DIFFERENTIAL TREATMENT IN CIVIL PROCEEDINGS AND CRIMINAL PROCEEDINGS?*

**Artur César de Souza<sup>1</sup>**

Professor do Curso de Mestrado e Doutorado (UNIMAR, Marília/SP, Brasil)

**João Henrique Tatibana de Souza<sup>2</sup>**

Especialização em Direito Civil e Processo Civil (UEL, Londrina/PR, Brasil)

**ÁREA(S):** direito processual civil; direito processual penal.

**RESUMO:** A problematização trazida no presente trabalho diz respeito à atividade probatória *ex officio* pelo juiz e possíveis danos que essa atividade possa ensejar ao princípio da imparcialidade. Analisa-se, igualmente, o acerto ou

não da perspectiva que propugna por um tratamento não uniforme sobre tal temática em relação ao processo penal e ao processo civil, bem como se essa diferenciação apresenta fundamento consistente para justificar a diferenciação entre os diversos ramos processuais. Mediante a aplicação de

<sup>1</sup> Pós-Doutor pelas seguintes Universidades: Università Statale di Milano – Itália (2007); Universidad de València – Espanha (2008); Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 2008. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Portugal (2013). Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná – UFPR (2005). Doutorando em Filosofia pela Universidade de Barcelona – UB. Pesquisador da Capes. Possui Mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (2001). Professor em Direito Processual pela UNIFIL – Universidade Filadélfia em Londrina. Juiz Formador da Escola da Magistratura Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – Emagis. Ex-Membro do Ministério Público Estadual do Paraná. Atualmente é Juiz Federal convocado para compor o Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *E-mail:* arturcesarsouza@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9497782327375287>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5280-6549>.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2013). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado. *E-mail:* jhtsadv@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7090793621234771>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0484-7922>.

uma metodologia analítica crítica, pretende-se apontar algumas considerações para a resolução do problema suscitado.

**ABSTRACT:** *The problematization brought in the present work concerns the ex officio probative activity by the judge and possible damages that this activity can give to the principle of impartiality. It also examines whether or not the doctrine which advocates non-uniform treatment of such matters in relation to criminal proceedings and civil procedure, as well as whether that differentiation provides a consistent basis for justifying such differentiation between the various procedural branches. Through the application of a critical analytical methodology, it is intended, in the end, to point out some considerations to solve the problem presented here.*

**PALAVRAS-CHAVE:** imparcialidade; produção probatória; *ex officio*; processo civil; processo penal.

**KEYWORDS:** *impartiality; probative production; ex officio; civil lawsuit; criminal proceedings.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O juiz instrutor espanhol e o princípio da imparcialidade; 2 Análise da questão sob a ótica do processo civil e do processo penal; 3 Os princípios informadores do processo penal e civil como critério diferenciador da atividade probatória *ex officio* do juiz; 4 A atividade probatória do juiz e o objeto do processo – Necessidade de diferenciação; 5 O ativismo judicial e a paridade de armas; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 The Spanish instructing judge and the principle of impartiality; 2 Analysis of the issue from the point of view of civil proceedings and criminal proceedings; 3 The reporting principles of criminal and civil proceedings as a distinguishing criterion of the ex officio evidentiary activity of the judge; 4 The probative activity of the judge and the object of the process – Need for differentiation; 5 Judicial activism and gun parity; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

Sendo a imparcialidade a essência da atividade jurisdicional<sup>3</sup>, todo e qualquer sistema jurídico que tenha por fim último a realização da “justiça” por meio do Direito deve construir seus pilares de sustentação primando pela efetiva, concreta e inquestionável imparcialidade do órgão jurisdicional.

<sup>3</sup> PISAPIA, Gian Domenico. *Copendio di procedura penal*. Padova: Cedam, 1975. p. 6.

Qualquer mácula ao princípio da imparcialidade, quando do exercício da atividade jurisdicional, configura não somente certa arbitrariedade judicial, mas, principalmente, a inexistência de um processo público com todas as suas garantias.

É certo que a busca pelo exercício de uma atividade jurisdicional justa e equânime exige do juiz, por vezes, uma postura mais atuante e dinâmica, rompendo-se com a figura de um juiz “autômato” e “mecanicista” proveniente do sistema jurídico bonapartista.

Observa-se na dinâmica do processo penal e do processo civil moderno uma atividade mais proativa do juiz condutor do processo, seja com a finalidade de se encontrar a verdade dos fatos como fundamento de uma determinada decisão, seja como elemento informador para a construção de um “livre convencimento” no momento de julgar.

É certo que a doutrina e a jurisprudência, por vezes, justificam um tratamento diferenciado no exercício da atividade probatória *ex officio* do juiz quando diante do processo penal ou do processo civil.

O presente trabalho tem por objetivo justamente verificar se essa atividade mais dinâmica e proativa do Magistrado, especialmente quando realiza atividade probatória *ex officio*, pode ensejar dano ou mácula ao princípio da imparcialidade do juiz, especialmente pelo fato de que, no processo jurisdicional contemporâneo, o juiz não é mais considerado um simples árbitro diante de contenda alheia.

## 1 O JUIZ INSTRUTOR ESPANHOL E O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

Sabe-se que, em determinados sistemas jurídicos, existe a figura do denominado “juiz instrutor”, cuja finalidade é justamente angariar elementos, inclusive probatórios, para o prosseguimento ou mesmo instauração de determinada demanda judicial.

Esse aspecto, pela sua particularidade, normalmente se restringe à análise de processos e procedimentos que tenham determinada fase preliminar sujeita e restrita ao denominado *juiz instrutor*. O direito penal espanhol adota esse modelo processual.

Não obstante o fato de o procedimento penal espanhol ser diverso do sistema jurídico brasileiro, a dinâmica do juiz instrutor dentro do processo serve

de parâmetro para aqueles que procuram verificar se a atividade probatória *ex officio* do juiz, inclusive no âmbito do processo civil, poderá ensejar “efetivamente” mácula ao princípio da imparcialidade como essência da atividade jurisdicional.

O conteúdo desse tópico caracteriza um pressuposto para a análise dos denominados “poderes instrutórios” do juiz e seus efeitos em relação ao princípio da imparcialidade<sup>4</sup>.

A particularidade do processo penal espanhol reside no fato de que seu procedimento apresenta duas fases distintas: a instrutória e a propriamente dita, de julgamento.

A questão da imparcialidade ganha relevo quanto à fase instrutória, na medida em que se discute sobre a possibilidade de se invocar a parcialidade do juiz instrutor em decorrência de sua atividade preliminar, nas distintas diligências ou na instrução do sumário. Aludida questão permite considerar se o direito ao juiz imparcial somente se projeta sobre a fase de julgamento ou se também atinge a fase instrutória.

A indagação ganha mais relevância no sistema espanhol quando se percebe que o juiz instrutor não é apenas um condutor da investigação, mas, acima de tudo, um juiz de garantias, pois poderá adotar, se necessário for, medidas restritivas de liberdade que lhe pareçam imprescindíveis. O juiz da instrução investiga e poderá decretar a prisão cautelar do indiciado<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> “En principio, por ‘instrucción’ debe entenderse lo previsto en el art. 299 LECrim, esto es, ‘las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos’. Por tanto, ‘instructor’ de una causa será aquel Juez que participa activamente en la investigación de los hechos criminales y la culpabilidad de los delincuentes. Sin duda alguna, la realización de esta actividad le coloca en una situación psicológica comprometida o poco objetiva en la medida en que habrá tenido un contacto directo con lo que, posteriormente, será objeto de debate, e incluso habrá podido emitir provisionales de culpabilidad. Al respecto, cfr. Martín-Granizo, M. Fernández. *Notas sobre la sentencia del tribunal europeo de derechos humanos de 16 de octubre de 1984 (‘De Cubre’)*. Poder Judicial, n. 4, diciembre, 1986. p. 85; De Diego Díez, L. A. *El principio ‘el que instruye no debe juzgar’ como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento penal*, Poder Judicial, n. 8, diciembre de 1987. p. 9; Fairén Guillén, V. *La imparcialidad o parcialidad del juez de instrucción penal*. Tapia, n. 43, diciembre. 1988. p. 5; Bermúdez Ochoa, E. *Problemas orgánicos y procesales de la llamada ‘contaminación procesal’*. *La sentencia del tribunal constitucional 145/88, de 12 de julio, ‘Cuestiones de derecho procesal penal’*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, p. 53 (Picó i Junoy, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 93).”

<sup>5</sup> Neste sentido, a sentença do Tribunal Constitucional espanhol (STC 320/1993), de 8 de noviembre (FJ 3º), destaca: “Constituye un común denominador de todas las medidas cautelares [...] que puedan disponerse en el proceso penal el de que su *fumus boni iuris* o *presupuesto material* que justifica su adopción estriba en un

Na fase instrutória do procedimento processual espanhol, em regra, não há acusação formal, mas apenas indiciamento.

Havendo risco aos direitos e às garantias individuais, indaga-se se o indiciado poderá, na fase instrutória do processo penal espanhol, suscitar a parcialidade subjetiva ou mesmo objetiva do juiz instrutor<sup>6</sup>.

É justamente o fato de o juiz instrutor ter reunido o material necessário para que se celebre o julgamento, de ter estado em contato com as fontes de onde advêm esse material, que põe em alerta todos aqueles que se preocupam efetivamente com a imparcialidade do juiz.

Uma efetiva atividade instrutória por parte do juiz instrutor poderá fazer nascer em seu ânimo prevenções e prejulgamentos em relação à culpabilidade do indiciado extremamente perigosos, pondo em risco a quebra da imparcialidade objetiva que busca assegurar a separação entre a função instrutória e a julgadora.

O Tribunal Constitucional espanhol (STC 32/1994), preliminarmente, afirmou a compatibilidade com a Constituição espanhola do modelo legalmente vigente do juiz instrutor, que dirige a investigação criminal e pode, conseqüentemente, determinar de ofício a prática de diligências necessárias para apurar determinados fatos e a sua autoria. Uma vez reconhecida a constitucionalidade desse modelo procedimental penal, o mesmo Tribunal declarou que a perda da imparcialidade se produz somente quando coincidem numa mesma pessoa a função sentenciadora e a atividade instrutória de conteúdo inquisitivo.

---

*fundado juicio de imputación por el Juez de Instrucción sobre la participación del acusado en el hecho punible [...] La asunción por el Juez de Instrucción de dicho juicio de imputación puede hacer nacer en el Juzgador cierto prejuicio sobre la responsabilidad penal del imputado que compromete, subjetiva y objetivamente, su imparcialidad para conocer de la fase de juicio oral contra un acusado con respecto al cual adoptó durante la instrucción cualquier género de medida cautelar".* De igual modo, ver: SSTC 145/1988, de 12 de julio (FJ 7°); 11/1989, de 24 de enero (FJ 4°), y la 151/1991, de 8 de julio (FJ 4°). Contudo, recentemente, o Tribunal Constitucional espanhol alterou seu posicionamento sobre a questão da concessão de medidas cautelares e a imparcialidade do juiz. Assim, a STC 60/1995, de 17 de março (FJ 6°), amparando-se na doutrina apresentada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso Hauschildt, estabelece que quando a prisão provisória se ordena a requerimento do Ministério Público e o réu encontra-se assistido por advogado, o juiz não perde a imparcialidade, já que a assunção da instrução por parte do Ministério Público, unida à plena vigência do princípio do contraditório na adoção da medida cautelar, supre o juiz da imparcialidade necessária para valorar livremente, e como terceiro não comprometido na investigação, o material de fato exclusivamente aportado pelo Ministério Público.

<sup>6</sup> Instrutor, no Direito espanhol, será aquele juiz que realiza as atividades instrutórias e participa de forma ativa nas investigações.



O próprio Tribunal Constitucional espanhol na STC 69/2001, de 17 de março (RTC 2001, 69) (*Vera vs. Sala Segunda do Tribunal Supremo*), proporcionará uma mudança radical na sua forma de entender a problemática apresentada, reconhecendo ao indiciado o direito ao juiz imparcial, mesmo durante a fase instrutória, permitindo-lhe em determinadas circunstâncias suscitar a parcialidade do juiz que instrua a causa. Segundo o Tribunal, em que pese o direito ao juiz imparcial se deixe transparecer com maior evidência na fase de julgamento, em que se estabelece a resolução da causa, isso não impede que se verifique a questão da parcialidade igualmente na fase instrutória<sup>7</sup>.

A atividade instrutória, na medida em que coloca o juiz em contato direto com o acusado, com os fatos e dados que devem servir para averiguar o delito e suas possíveis responsabilidades, pode provocar no ânimo do instrutor prejulgamentos e impressões que favoreçam ou prejudiquem o acusado no momento de se proferir a decisão.

No Direito brasileiro, essa atividade instrutória sem contraditório e publicidade não se coaduna com os princípios constitucionais.

Contudo, havendo a publicidade e o contraditório, a atividade instrutória do juiz deixa de ser inquisitiva, passando a ser uma atividade legítima e necessária para o desenvolvimento da relação jurídica processual penal?

Passa-se, a seguir, à análise da imparcialidade do juiz e do poder instrutório nos sistemas acusatórios mistos, como é o caso do sistema processual brasileiro.

## **2 ANÁLISE DA QUESTÃO SOB A ÓTICA DO PROCESSO CIVIL E DO PROCESSO PENAL**

O método dialético desenvolvido no processo e a condução do órgão jurisdicional a uma posição suprapartes fizeram com que certo setor da doutrina considerasse o juiz mero espectador mudo, inerte, nada além de um observador

---

<sup>7</sup> “[...] el Juez, en la fase instructora, ostenta la condición no sólo de director de la instrucción, sino que además es juez de garantías, lo que le coloca en una posición no exenta de cierto contenido esquizofrénico y, en cualquier caso, requiere como prius que el ciudadano sometido a una instrucción penal y a la adopción por parte del Juez de determinadas medidas cautelares que afecten a sus derechos fundamentales, disponga asimismo de la plenitud del derecho fundamental al juez imparcial.” (ASENSIO, Rafael Jiménez. *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 177)

do confronto entre os litigantes, os quais seriam os verdadeiros donos e únicos *dominus litis* da demanda processual<sup>8</sup>.

Em relação ao processo civil, desde a vigência das Ordenações do Reino de Portugal, a legislação processual, em princípio, deixou-se influenciar pelo figurino francês do juiz sem expressão, mais ou menos inerte, silencioso, passivo. É, na verdade, “a bizarra figura do juiz autômato e mecanicista”.

O processo civil em que o juiz se mostra um mero autômato está nitidamente demarcado pelo princípio individualista nascido da Revolução Francesa.

No que diz respeito ao processo penal, a questão inverte-se.

Inicialmente, no processo penal, ao contrário do processo civil, a postura do órgão jurisdicional era mais dinâmica, pois o processo apresentava um caráter nitidamente inquisitório<sup>9</sup>. Posteriormente, exigiu-se também no processo penal, como forma de garantir a imparcialidade judicial, a passividade do julgador (está-se diante do sistema acusatório)<sup>10</sup>.

A garantia da imparcialidade, decorrente do sistema acusatório, torna-se mais incisiva e eloquente em relação à produção probatória, pois o juiz, ao exercer de ofício a iniciativa probatória, poderá estar sujeito a prejulgamentos em relação à matéria que lhe fora trazida à decisão<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 104. É importante assinalar que, em razão da diferenciação entre ilícito civil e ilícito penal, reclama-se, também, distinção entre princípio dispositivo e acusatório, uma vez que o primeiro se fundamenta na titularidade privada do interesse em jogo, enquanto o segundo, em uma realidade absolutamente distinta.

<sup>9</sup> “Il proceso inquisitorio è essenzialmente scritto e segreto e vi manca qualsiasi contraddittorio, che non sarebbe neppur concepibile data la mancata contrapposizione delle parti fondamentali (accusa e difesa).” (PISAPIA, Gian Domenico. *Copendio di procedura penal*. Padova: Cedam, 1975. p. 19)

<sup>10</sup> Por modelo acusatório deve entender-se um processo de partes, ou, como assinala José Antonio Díaz Cabiale, um modelo “adversarial”, de adversários que se enfrentam, que lutam ou combatem entre um árbitro passivo que acabe por dar a razão à parte mais hábil. (CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. XXI e 191)

<sup>11</sup> “Aunque cuando analizamos la imparcialidad hacemos referencia a la doctrina, baste como ejemplo en este momento la argumentación de Carreras, J. *Facultades materiales de dirección*, en *Estudios de derecho procesal*, con Fenech, Barcelona, 1962, p. 263, para negar la posibilidad de aumentar los poderes materiales del Juez, que resultaría una ‘aventura muy peligrosa, que llegara a atentar con el bien supremo de la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales’, p. 264. El mismo Guasp, Jaime. *Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona, 1943, p. 49 y ss., consciente del peso de esta opinión la critica fuertemente, y precisamente alude como ejemplo al proceso penal. Y en el mismo sentido Gutiérrez de Cabiedes, E.: *La socialización del proceso*. Constitución, Derecho y Proceso, en *Estudios en memoria de Herce y Duque*, Zaragoza, 1983, p. 428-432, aclara que el Juez se

No processo penal acusatório “puro” de origem anglo-saxão, as partes são as únicas capacitadas a poder aportar as provas, *partisan fact-gathering*, ao processo.

O processo do tipo acusatório, segundo Gian Domenico Pisapia, é historicamente ligado ao sistema do *giuria popolare*, que emite um veredicto de regra imotivado, enquanto ao juiz é reservado exclusivamente o dever de determinar a pena com base na afirmação de culpabilidade operada pelo júri<sup>12</sup>.

Em face desse novo remodelamento do processo penal, em torno do princípio acusatório, o órgão jurisdicional viria a ocupar uma posição distinta das partes, de neutralidade, o que lhe permitiria apreciar a questão sem se deixar conduzir por paixões, sem desigualar ou desequilibrar a posição dos sujeitos da relação jurídica processual, alcançando um resultado mais justo e segundo os ditames dos direitos fundamentais do acusado.

Introduz-se, dessa maneira, uma alteração importante no panorama probatório do processo penal, na medida em que desaparece a figura do órgão jurisdicional como sujeito ativo da instrução do processo. Ao mesmo tempo, reclama-se a participação do Ministério Público como parte da relação jurídica processual penal, desvinculado e separado do Poder Executivo, permitindo-lhe assumir muitas das funções que o órgão jurisdicional teve que abandonar para se instalar numa posição interpartes da relação jurídica processual.

Essa nova perspectiva do processo penal, regida pelo princípio acusatório, fez com que a jurisprudência e a doutrina passassem a enaltecer o aludido sistema, consagrando-o de forma quase absoluta, afirmando que não haveria mais possibilidade de se discutir eventual participação do órgão jurisdicional na questão da produção probatória. Realçou-se a formulação de um binômio: princípio acusatório = quietude probatória do órgão jurisdicional<sup>13</sup>.

---

*convertiría en un ‘asistente social’, perdiendo la imparcialidad, si abandonara su carácter de ajenidad respecto al proceso” (CABIALE, José Antonio Díaz. Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez. Granada: Comares, 1996. p. 72). Em razão dessa tendência doutrinária, não é de se estranhar uma inclinação de recente jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol, no sentido de preconizar que a iniciativa probatória *ex officio iudicis* prevista no art. 729.2 LECrim comporta infração ao princípio acusatório, comprometendo a imprescindível imparcialidade judicial, razão pela qual se põe em dúvida a constitucionalidade da aludida norma (Sentença do Tribunal Supremo de 23.09.1995, FJ 2. [Repertório de Jurisprudência Aranzadi, n. 6.756]).*

<sup>12</sup> PISAPIA, Gian Domenico. *Copendio di procedura penal*. Padova: Cedam, 1975. p. 19.

<sup>13</sup> CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 196-197.

Mas essa postura doutrinária e jurisprudencial que visa a identificar o princípio acusatório à quietude probatória do órgão jurisdicional não está imune a críticas, pois “[...] *mientras que por un lado se reclama mayor actividad probatoria judicial en el orden civil, por el outro se abogaba por la quietud del órgano jurisdicional en el orden penal*”<sup>14</sup>.

A referência a esse paradoxo não tem por finalidade a postulação de uma teoria geral dos poderes do órgão jurisdicional em matéria probatória, muito menos insistir na tese de uma teoria geral do processo penal e civil. Tem-se ciência de que cada ramo processual apresenta sua particularidade e peculiaridade que impedem a congruência de um sistema único.

Em que pese não se tenha a pretensão de reivindicar uma teoria igualitária no quadro probatório para ambos os ramos processuais, observa-se com certa reserva o pensamento que proclama um tratamento totalmente diferenciado quanto à iniciativa probatória *ex officio* do juiz no âmbito do processo civil e penal.

A percepção do processo (seja ele civil ou penal) como um instrumento do poder desenvolvido por uma relação jurídica<sup>15</sup> em contraditório reclama maior intercâmbio na condução probatória entre os sujeitos processuais, seja no processo civil, seja no processo penal<sup>16</sup>.

Na atualidade, e desde que superada a concepção de oficialidade em todos os sistemas civilizados, pode-se afirmar que não existe um modelo adversarial puro, nem mesmo o processo norte-americano ou qualquer outro de origem

---

<sup>14</sup> CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 199.

<sup>15</sup> Evidentemente que não se desconhecem as concepções teóricas que não reconhecem no processo a existência de uma relação jurídica.

<sup>16</sup> “Segundo a concepção tradicional, o princípio do contraditório exprimia estaticamente, em correspondência com a igualdade formal das partes, a exigência de equilíbrio das forças, traduzindo-se na necessidade de lhes garantir a possibilidade de desenvolverem plenamente a defesa de suas próprias razões. Mas a concepção menos individualista e mais dinâmica do contraditório postula a necessidade de equidistância do juiz ser adequadamente temperada, mercê da atribuição ao Magistrado de poderes mais amplos, a fim de estimular a efetiva participação das partes no contraditório e, conseqüentemente, sua colaboração no justo processo.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual* - De acordo com a Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1990. p. 7)

anglo-saxão entendem o processo como processo de partes com caráter absoluto, senão de que o predomínio adversarial dependerá da fase processual<sup>17</sup>.

Há necessidade de se libertar do clamor histórico da época da República romana, fonte inspiradora do modelo acusatório, por meio do processo das *questiones*, ley Calpurnia, 149 a.C., e das leis Acilia ou Sempronía, 123 ou 112 a.C., pelas quais se estabeleceu que, para certos delitos públicos, sua persecução pelo Estado poderia estar condicionada à iniciativa de um cidadão privado como acusador<sup>18</sup>. Sequer para os herdeiros do Império Romano há servido o princípio acusatório “puro” de inspiração.

Em nenhum país do mundo, conforme já teve oportunidade de afirmar Gian Domenico Pisapia, é acolhido nem o sistema acusatório puro nem aquele inquisitório<sup>19</sup>.

Fragilizada encontra-se a justificação da inércia probatória do juiz no processo penal consubstanciada simplesmente no fundamento de que se está diante de um *sistema acusatório* e não inquisitório.

Conceber a impossibilidade de se atribuir atividade probatória ao órgão jurisdicional como manifestação do princípio acusatório, anota Joan Pico i Junoy, é somente o resultado de uma evolução jurisprudencial espanhola pouco reflexiva, que, tendo por intenção reforçar ao máximo as garantias de imparcialidade, não observou que o processo é um instrumento que possuem os juízes e os tribunais para levar a bom termo sua função jurisdicional (art. 117 da Constituição espanhola), razão pela qual é totalmente inadequado não se atribuir ao julgador as faculdades necessárias que lhe permitam cumprir justa e eficazmente a função jurisdicional, sem menosprezar, é evidente, algum direito processual das partes<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> “En la actualidad, y desde que se supera la concepción de oficialidad en todos os sistemas civilizados, puede decirse que no existe un modelo adversarial puro, precisamente por esa circunstancia, ni siquiera el proceso norteamericano o cualquier otro de corte anglosajón entiende al proceso penal como un proceso de partes con carácter absoluto, sino que el predominio de la configuración adversarial dependerá según de qué fase del proceso se trate.” (CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 217)

<sup>18</sup> CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 204.

<sup>19</sup> “[...] in nessun paese oggi è più accolto né il sistema accusatorio puro né quello inquisitorio.” (PISAPIA, Gian Domenico. *Copendio di procedura penal*. Padova: Cedam, 1975. p. 19)

<sup>20</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 93.

A maior ou menor participação do órgão jurisdicional no campo probatório decorre de cada situação fática, e segundo a necessidade de consagrar concretamente determinados valores fundamentais que servem de garantia ao processo penal<sup>21</sup>.

### 3 OS PRINCÍPIOS INFORMADORES DO PROCESSO PENAL E CIVIL COMO CRITÉRIO DIFERENCIADOR DA ATIVIDADE PROBATÓRIA EX OFFICIO DO JUIZ

Até pouco tempo, o pensamento tradicional sustentado no denominado princípio dispositivo e do que seria seu corolário lógico – *aportación* da parte ou contribuição da parte – reclamava no âmbito do processo civil a figura de um juiz passivo e inerte<sup>22</sup>.

Para Enrico Tullio Liebman (defensor do princípio da “contribuição da parte” como exigência de salvaguarda da imparcialidade no processo civil), a imparcialidade do juiz fica comprometida quando o julgamento tenha por base prova eleita e procurada por ele mesmo e por sua iniciativa desenvolvida no processo<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> “*Pretendemos evitar en definitiva una situación que nos parece altamente peligrosa, vistos los problemas que ha suscitado en el orden civil: el justificar las exigencias del sistema en base simplemente al juego de principios o modelos procesales abstractos. No parece que la intervención mayor o menos del órgano jurisdiccional en sede probatoria pueda o deba resolverse tan solo con el expediente del juego del principio acusatorio. Es cierto que puede existir una idealización de un modelo procesal que configure la intervención del Juez en un sentido u otro. Pero lo que verdaderamente tiene importancia para el desarrollo de la ciencia procesal es la configuración de un sistema de acuerdo con exigencias concretas, es decir construyendo un modelo que permita preservar los valores que la sociedad en cada momento determinado haya decidido consagrar como derechos fundamentales.*” (CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 197-198)

<sup>22</sup> O princípio dispositivo se reflete em três brocardos que lhe dão unidade tanto em sua natureza como em suas origens: *ne procedat iudex ex officio, ne eat iudex ultra vel extra petitum partium* e *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*. Cappelletti assinala como características do princípio dispositivo: “(a) poder monopolístico de la parte de iniciar el proceso [...]; (b) pleno poder de las partes de disponer negocialmente del objeto del proceso [...]; (c) vínculo del Juez a las demandas de las partes [...]; (d) vínculo, además, del Juez a las alegaciones (allegata) de las partes, sea respecto a los hechos constitutivos, o sea también, a modo de máxima, respecto a los hechos impeditivos o extintivos [...]; (e) vínculo del Juez a los probata a partibus [...]; (f) poder monopolísticos de las partes de proponer las impugnaciones y de determinar sus límites y objeto” (CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías, sociedad*. Trad. Sentís Melendo; Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1974. p. 99).

<sup>23</sup> “[...] e non potendosi dubitare che l'imparzialità del giudice rischia di rimaner compromessa quando egli debba giudicare di una prova da lui stesso prescelta e cercata e per sua iniziativa acquisita al processo. Anche per questa parte del suo compito poteri attivi 'non potrebbero essere conferiti direttamente al giudice senza snaturarne la funzione, basata sulla necessaria distinzione psicologica tra l'agire e il giudicare [...]” (LIEBMAN, Enrico

No processo penal, amparado inicialmente pelo princípio inquisitivo (oficialidade), o juiz deveria mostrar-se mais ativo na realização dos atos probatórios para alcançar a verdade<sup>24</sup>.

Atualmente, tanto no processo civil como no processo penal, esse panorama vem sofrendo profundas mutações.

Na ordem processual civil, a doutrina moderna alemã vem sustentando como justificação teórica para ampliação da atividade probatória do órgão jurisdicional a existência de uma crise na construção das “máximas” alemãs, origem da elaboração do “princípio dispositivo”.

A doutrina alemã, no início do século XX, consagrou a diferenciação entre “princípio dispositivo em sentido estrito” e o princípio de “contribuição da parte”, ou *aportación* de parte. Com base nessa distinção, o princípio dispositivo preservaria à disposição da parte o início do processo, assim como a possibilidade de encerrá-lo mediante a renúncia, transação e desistência, tendo a parte domínio sobre o próprio objeto do processo. Já o princípio da “contribuição da parte” não teria caráter necessário, seria contingente. O fato de que somente as partes poderiam aportar ao processo o material fático e utilizar os meios de prova conferidos pelo sistema jurídico seria uma opção do legislador que não teria porque subsistir, ao menos de forma absoluta. Tal perspectiva epistemológica seria uma tentativa de se desligar a atividade probatória do princípio dispositivo. O princípio dispositivo deveria restringir-se apenas ao momento em que o litígio pudesse ser invocado pela petição da parte, e como delimitador da decisão sobre a matéria litigiosa inserida dentro dos limites da demanda. Porém, uma vez que

---

Tullio. *Fondamento del principio dispositivo*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, v. 15, p. 561, 1960)

<sup>24</sup> “A verdade processual não assenta numa ideia de certeza científica comprovada, mas sim numa ideia de probabilidade. Na expressão de Germano Marques da Silva, ‘ela não é senão o resultado probatório processualmente válido, isto é, a convicção de que certa alegação singular de facto é justificavelmente aceitável como pressuposto da decisão, obtida por meios processualmente válidos” (GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. *Os tribunais, as polícias e o cidadão – O processo penal prático*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002. p. 139). Muito interessante é a seguinte distinção feita por Gustavo Henrique Ivahy Badaró sobre “verdade” e “certeza” processual: “certeza” e “verdade” são conceitos intimamente ligados, mas não se confundem. A verdade “é um conceito de relação”, uma concordância entre objeto e a imagem que o sujeito dele capta. A certeza, por sua vez, é uma “manifestação subjetiva da verdade”, “a certeza do juiz é a verdade do processo” (BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 25 e 26).

as partes determinaram o alcance do litígio, deve ficar a cargo do juiz realizar o que for necessário para o esclarecimento do assunto; não se pode deixá-lo reduzido aos fatos e meios de provas apresentados pelas partes<sup>25</sup>.

Com fundamento nessa concepção doutrinária alemã, em que se realiza uma efetiva separação entre o princípio dispositivo e o princípio da participação ou aportação da parte, postula-se maior ampliação dos poderes instrutórios do juiz no processo civil.

Já no processo penal, conforme se asseverou, a corrente doutrinária atual advoga uma maior atuação do “princípio acusatório”, cuja consequência imediata seria a neutralização probatória do órgão jurisdicional.

Evidencia-se nesse confronto principiológico que os fundamentos reguladores dos poderes instrutórios do juiz seriam distintos em relação ao processo civil e ao processo penal, percorrendo caminhos diversos, senão, por vezes, opostos.

Esse paradoxo doutrinário foi assim assinalado por La Oliva Santos:

*Adviértase, por último, que el procesalista se encuentra ante una situación muy próxima a la de tener una doble personalidad. Por un lado se viene sosteniendo que deben aumentarse los poderes del Juez civil, terminando con el Juez espectador, hasta reconocerle la posibilidad de que ordene pruebas de oficio, y, al mismo tiempo y por otro lado, se dice que hay que limitar los poderes del Juez penal, hasta el extremo de que no pueda ordenar pruebas de oficio, con lo que se le convierte en Juez pasivo. Estamos incurriendo en el absurdo de afirmar y negar una misma cosa, con lo que podemos estar muy próximos a la esquizofrenia.<sup>26</sup>*

Essa diversidade de postura torna-se mais evidente quando se sustenta a inércia probatória do órgão jurisdicional no processo penal, não só em razão do

<sup>25</sup> CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 11.

<sup>26</sup> CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 11.



princípio acusatório “absoluto”, mas, principalmente, pelo fato de que eventual atividade probatória *ex officio* seria prejudicial à imparcialidade do juiz, como se a imparcialidade judicial pudesse ontologicamente ser coisa distinta no âmbito do processo civil e do processo penal<sup>27</sup>.

É de se questionar, conforme leciona La Oliva Santos, essa diversidade de posicionamento que, ao mesmo tempo em que sustenta maior amplitude da atividade probatória *ex officio* do órgão jurisdicional no processo civil, sob o argumento de que aludida amplitude não causa qualquer dano ao direito fundamental a um juiz imparcial, propugna por uma redução dessa atividade no processo penal, sob o fundamento de mácula ao princípio da imparcialidade do juiz. O argumento de que o órgão jurisdicional perde sua imparcialidade quando pratica atividade probatória deve ser válida em todos os sentidos e para todas as espécies de processo<sup>28</sup>.

Diante disso, o recurso à imparcialidade do juiz como mecanismo de proibição de atividade probatória *ex officio* deve apresentar tratativa unívoca tanto no processo penal quanto no processo civil, uma vez que o princípio da imparcialidade não pode ser analisado de forma distinta em razão da diversidade do ramo processual<sup>29</sup>.

Postulando-se maior amplitude dos poderes instrutórios no processo civil, o mesmo deverá acontecer em relação ao processo penal e vice-versa.

---

<sup>27</sup> “[...] no es lógico aplicar uno al proceso civil, a la par que se decide por el opuesto en el proceso penal, pues, como se ha indicado certeramente, ello puede provocar la ‘esquizofrenia’ procesal. En definitiva, si se opta por un modelo que permite la investigación de oficio es impensable tratar de argumentar que el juez pierde la imparcialidad al practicar actividad probatoria, porque los postulados teóricos en que se basa, la búsqueda de la verdad a través de una participación directa del juez en la práctica de la prueba, son absolutamente contrarios a esa idea.” (CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 11)

<sup>28</sup> CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. XXIV.

<sup>29</sup> “Por ello nos parece evidente que cuando se plantea la imparcialidad del órgano jurisdiccional y la práctica de la prueba, no cabe hacer compartimentos estancos para cada uno de los procesos, y decir que lo que tiene validez para el proceso civil en esta materia no tiene aplicación para el proceso penal, contencioso administrativo o laboral. Si la afirmación según la cual el órgano jurisdiccional cuando practica pruebas toma partido respecto de una de las partes, pierde la imparcialidad, es cierta, debe serlo para todos los órganos jurisdiccionales sin distinción.” (CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 402)

#### 4 A ATIVIDADE PROBATÓRIA DO JUIZ E O OBJETO DO PROCESSO - NECESSIDADE DE DIFERENCIAÇÃO

Picó i Junoy afirma que a doutrina e a jurisprudência incidem em um equívoco jurídico elementar em relação à atividade probatória *ex officio* do juiz, quando não distinguem o objeto do processo e o processo em si mesmo.

Em que pese em relação ao objeto do processo o juiz não possa exercer qualquer iniciativa *ex officio*, no que concerne ao processo em si mesmo deve atribuir-se-lhe, com certos limites, a possibilidade de atuar *ex officio*, pois somente assim o processo converte-se em um instrumento idôneo para alcançar a efetiva e real tutela, por parte do Estado, dos interesses em conflito<sup>30</sup>.

O juiz não deve realizar atividades probatórias que tenham por finalidade alterar o objeto do processo delimitado pelo princípio dispositivo (processo civil) ou acusatório (processo penal), pois, caso contrário, estaria assumindo a postura de um juiz inquisitor e, conseqüentemente, ferindo o princípio da imparcialidade.

A questão, na verdade, não é de se justificar a inércia do julgador com base no princípio dispositivo ou acusatório, mas estabelecer o âmbito de aplicação desse princípio quanto à iniciativa *ex officio* do órgão jurisdicional.

Nesse aspecto, conforme afirma José Antonio D. Cabiale, pode-se formular contornos precisos em relação ao princípio dispositivo ou acusatório. Segundo ele, o princípio dispositivo ou acusatório exige que todos os fatos que sirvam para a identificação do objeto do processo sejam introduzidos e mantidos até o trâmite final, por uma pessoa distinta do órgão jurisdicional<sup>31</sup>.

O princípio dispositivo ou acusatório restringe-se ao âmbito dos fatos articulados pela peça inicial da demanda civil ou penal, impedindo que o órgão jurisdicional introduza na relação jurídica processual civil ou penal outros fatos que não aqueles delimitados pela petição inicial ou pela denúncia; o princípio dispositivo ou acusatório, *nemo iudex sine actore*, pode ser interpretado como “nenhum fato (que identifica o objeto) sem acusador”<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 93.

<sup>31</sup> CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 362.

<sup>32</sup> CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 362.

Por outro lado, não se aplicam as diretrizes do princípio dispositivo ou acusatório em relação ao poder instrutório do juiz exercido no âmbito do próprio processo jurisdicional.

Em que pese o juiz não tenha disponibilidade sobre o objeto do processo, o qual foi delimitado pelo conteúdo fático descrito pela parte que promoveu a demanda civil ou penal, o mesmo não ocorre em relação ao resultado da atividade jurisdicional, sempre dependente das provas apresentadas e colhidas na relação jurídica processual.

Tendo a atividade jurisdicional por objetivo a concretização de um processo justo e equânime, justifica-se certo protagonismo judicial no sentido de concretizar e alcançar a efetiva tutela jurisdicional, mesmo que para isso tenha o Magistrado de lançar mão de seu *poder instrutório*, não impedido pelo texto constitucional.

A rigorosa distinção entre provas e fatos (*probata et allegata*) é pressuposto indispensável para se delimitar o âmbito de aplicação do princípio dispositivo ou acusatório.

Enquanto o elemento fático identifica a “causa de pedir” e, assim, somente é essencial no momento de se delimitar o objeto do processo, a prova de sua constituição é inerente ao desenvolvimento da relação jurídica processual e está intimamente ligada ao resultado último da atividade jurisdicional<sup>33</sup>.

A prova e sua aporção para o processo não é algo exclusivo das partes, uma vez que a busca pela verdade dos fatos e de suas consequências é também dever inerente do juiz no processo.

## 5 O ATIVISMO JUDICIAL E A PARIDADE DE ARMAS

Estando a atividade jurisdicional vinculada ao direito público<sup>34</sup>, justifica-se um maior ativismo probatório do juiz no processo, principalmente quando se observa um concreto desequilíbrio das partes na relação jurídica processual.

<sup>33</sup> CABIALE, José Antonio Diaz. *Princípios de aportación de parte y acusatório: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. XIX.

<sup>34</sup> “[...] O processo é o instrumento mediante o qual se exerce uma função pública, havendo predominante interesse do Estado em seu desenvolvimento. Assim, não pode o juiz ser reduzido a mero espectador do debate travado pelas partes.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: RT, [s.d.]. p. 95)

O juiz, muitas vezes, na incansável busca a um processo justo e equo, depara-se com causas endoprocessuais e barreiras externas ao processo que provocam sérios prejuízos ao princípio da igualdade de armas.

É dever do órgão jurisdicional zelar pela igualdade de armas.

A existência de uma efetiva desigualdade de armas entre os sujeitos da relação jurídica processual e a exigência de inércia do órgão jurisdicional são posturas incongruentes que não se adequam ao caráter público do exercício da atividade jurisdicional<sup>35</sup>.

O poder instrutório do juiz tem justamente por objetivo preservar o embate modernamente civilizado de uma autêntica “paridade de armas”, razão pela qual “[...] onde se percebe, nesse embate, um injustificado desequilíbrio da balança a favor de uma das partes, não se pode esperar justiça da sentença, que pelo fato em si mesmo injusto, quer pela ilação de que não se chega ao conhecimento da verdade diante de duas versões ou afirmações contrárias se a uma e outra parte não se confere igual chance de dizer e demonstrar o que alega”<sup>36</sup>.

Sob a perspectiva da igualdade de armas, Vittorio Denti define a posição do juiz como resultado de uma dupla concepção garantista, que visa a salvaguardar dois princípios fundamentais: liberdade e igualdade. Essa dupla concepção

<sup>35</sup> “En el mismo sentido, justifica la posibilidad de actuación probatoria de oficio en la búsqueda de la verdad material Maza Martín, J. M., ‘Posibilidades y límites de la actuación de oficio de Jueces y Tribunales durante el plenario’, Cuadernos de Derecho Judicial, n. XXVIII, 1995, p. 83. Sus palabras son suficientemente expresivas de una determinada ideología acerca del proceso penal: ‘El fundamento que en nuestro ordenamiento encuentra esta atribución a quien ha de juzgar de ciertas facultades de influencia directa en la producción del resultado probatorio, tanto de cargo como de descargo, a iniciativa propia, es evidente. La norma procesal básica, nuestra por tantas causas venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal, es clara y reiterada en indicar la búsqueda de la verdad material como fin principal de procedimiento (principio de ‘oficialidad’), por lo que nada tiene de extraño que, ante la obtención de esa finalidad principal, no repare en atribuir competencias al Tribunal que, a juicio del legislador, conduzcan a dicho fin’. En la misma línea Saavedra Ruiz, J., ‘La iniciativa del tribunal en el acto del juicio oral. Alcance de los arts. 729 y 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal’, Cuadernos de Derecho Judicial, n. X, 1994, p. 37-38, considera desmesuradamente ampliado el contenido de la imparcialidad objetiva cuando se exige la pasividad probatoria del Juez en el acto del juicio oral. Las razones de tal concepción vuelven a poner de relieve una concepción sustancialista del Derecho penal: ‘[...] el Juez no puede ser un destinatario pasivo del juicio por lo valores que hay en juego, porque no es posible tampoco fragmentar el principio de tutela judicial (acusado-víctima) y porque la búsqueda de la verdad material es una exigencia en sí misma de todo el proceso penal, siendo todo ello compatible con las garantías del acusado.’” (ORTIZ, Maria Isabel Valldecabres. *Imparcialidad del juez y medios de comunicación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 167)

<sup>36</sup> CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 101.

seria: (a) vetor-garantístico – baseado na defesa do princípio dispositivo em um sentido processual, isto é, como garantia de neutralidade e imparcialidade do juiz; (b) “neogarantístico”, que procura a efetiva igualdade das partes<sup>37</sup>.

A efetiva igualdade das partes no processo reclama, também, a efetividade do contraditório, pois

a efetividade do contraditório não significa apenas o debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa com a finalidade de formar o convencimento do juiz, razão pela qual a defesa não pode ser lacunosa e insuficiente. Os poderes instrutórios de ofício se colocam assim num quadro mais amplo, que abrange todas as iniciativas tendentes a garantir a efetiva defesa, de direito e de fato [...].<sup>38</sup>

Há necessidade de se estabelecer mecanismo que possa compensar essa desigualdade congênita, e que permita a todo participante da relação processual atuar em igualdade de armas.

A partir do momento histórico em que se postula a existência de um processo justo e equo, legitima-se maior atuação do órgão jurisdicional tanto na esfera do processo civil como no âmbito do processo penal, uma vez que eventual atividade probatória *ex officio* não tem o condão, por si só e isoladamente, de ferir o direito fundamental ao juiz imparcial.

Recorde-se que o exercício probatório realizado pelo órgão jurisdicional tanto pode reforçar a tese do autor da demanda penal ou civil, como, pelo contrário, favorecer ao réu ou ao acusado, isto é: “*Entre otras cosas porque esa actividad puede versar tanto sobre los hechos que dan lugar a la responsabilidad criminal como sobre los hechos que la excluyen*”<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> DENTI, Vittorio: Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, a. XXXVIII, n. 3, p. 729, set. 1984.

<sup>38</sup> “[...] *Effettività del contraddittorio non significa, peraltro, soltanto dibattito delle questioni tra le parti, ma concreto esercizio del diritto di difesa ai fini della formazione del convincimento del giudice, e, quindi, garanzia che la difesa non sia lacunosa o insufficiente. I poteri istruttori d’ufficio si collocano così in un quadro più ampio, che abbraccia tutte le iniziative volte a rendere effettiva la difesa, in diritto e in fatto [...]*.” (DENTI, Vittorio: Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, a. XXXVIII, n. 3, p. 732, set. 1984)

<sup>39</sup> CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 456.

Ao se utilizar dos meios probatórios, nenhuma das partes da relação jurídica processual penal ou civil pode ter absoluta certeza quanto ao resultado previamente esperado, muito menos o órgão jurisdicional possui essa certeza, “[...] *por lo que ni siquiera la decisión de acordar la práctica de prueba sobre un hecho implica una predeterminación del resultado*”<sup>40</sup>.

O juiz, ao exercer o protagonismo probatório judicial com o fim de resguardar a paridade de armas, “[...] *busca tan sólo determinar la verdad o no del hecho para poder dictar la sentencia más justa, en cuanto se acomode lo mejor posible a la realidad. Esta es la diferencia fundamental entre la práctica de la prueba por parte del órgano jurisdiccional y la de la parte*”<sup>41</sup>.

Não se pode negar, evidentemente, que sempre haverá um componente ideológico na escolha de uma posição a favor ou contra a participação do juiz na atividade probatória<sup>42</sup>.

Porém, mais importante que esse componente ideológico, é estabelecer a justa medida dessa participação.

## CONCLUSÃO

*Observam-se, no direito processual contemporâneo, propostas de maior amplitude dos poderes instrutórios do juiz no âmbito do processo civil e, ao mesmo tempo, vezes que propugnam pela redução desses poderes na esfera do processo penal, ao argumento de que o protagonismo do Magistrado pode causar mácula ao princípio da imparcialidade do juiz.*

Porém, a exigência de tratamento distinto quanto à atividade probatória do juiz no âmbito do processo penal e do processo civil, sob o fundamento de mácula ao princípio da imparcialidade do juiz, pode caracterizar certo paradoxo, pois o princípio da imparcialidade do juiz deve ser analisado numa perspectiva unívoca em ambos os ramos processuais.

<sup>40</sup> CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 456.

<sup>41</sup> “*Así, cuando se habla de imparcialidad del órgano jurisdiccional y atribución de facultades probatorias al mismo, lo que se está discutiendo en realidad es si el proceso pertenece exclusivamente a las partes o por el contrario el órgano jurisdiccional debe participar en él.*” (CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996. p. 457-458)

<sup>42</sup> DENTI, Vittorio: *Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, a. XXXVIII, n. 3, p. 726, set. 1984.

O recurso à imparcialidade do juiz como mecanismo de proibição à atividade probatória *ex officio* deve apresentar leitura isonômica tanto no processo penal quanto na esfera do processo civil.

Daí a importância da distinção existente entre a “atividade probatória” e o “objeto do processo”, assim como quanto ao “princípio dispositivo” ou “princípio acusatório” e o “princípio da aporção da prova ao processo”.

Se se postula maior ampliação dos poderes instrutórios no processo civil, o mesmo deverá acontecer em relação ao processo penal e vice-versa.

A concepção de processo (seja ele civil ou penal) como um instrumento do poder desenvolvido por uma relação jurídica em contraditório reclama um maior intercâmbio na condução probatória entre os sujeitos processuais, seja no processo civil, seja no processo penal.

Na atualidade, e desde que superada a concepção de oficialidade em todos os sistemas civilizados, pode-se afirmar que não existe um modelo adversarial puro, nem mesmo o processo norte-americano ou qualquer outro de origem anglo-saxão entendem o processo como processo de partes com caráter absoluto, senão de que o predomínio adversarial dependerá da fase processual.

Por isso, é possível sustentar-se que, tanto no processo civil quanto no processo penal, o juiz poderá aplicar o “princípio da aporção da prova”, desde que não se descure do princípio dispositivo ou acusatório que fundamenta, respectivamente, o processo civil e o processo penal.

Essa perspectiva torna-se muito mais evidente quando no processo há disparidade de igualdade de armas, exigindo-se do juiz maior protagonismo para promover o equilíbrio no processo.

## REFERÊNCIAS

ASENSIO, Rafael Jiménez. *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*. Navarra: Aranzadi, 2002.

BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: RT, [s.d.].

BELING, Ernst. *Derecho procesal penal*. Córdoba: Imprenta de la Universidad, 1943.

- BERMÚDEZ OCHOA, E. Problemas orgânicos y procesales de la llamada “contaminación procesal”. La sentencia del Tribunal Constitucional 145/88, de 12 de julio, “Cuestiones de derecho procesal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994.
- BRUM, Nilo Bairros. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: RT, 1980.
- CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías, sociedad*. Trad. Sentís Melendo; Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1974.
- CARRERAS, J. Facultades materiales de dirección. In: *Estudios de derecho procesal, con Fenech*, Barcelona, 1962.
- CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002.
- DE DIEGO DÍEZ, L. A. El principio “el que instruye no debe juzgar” como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento penal, *Poder Judicial*, n. 8, dic. 1987.
- DENTI, Vittorio: Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, a. XXXVIII, n. 3, 1984.
- DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974.
- DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. *RePro*, São Paulo: RT, n. 67, jul./set. 1992.
- FAIRÉN GUILLÉN, V. La imparcialidad o parcialidad del juez de instrucción penal. *Tapia*, n. 43, dic. 1988.
- FAZZALARI, Elio. La imparzialità del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, n. 2, p. 193-203, 1972.
- GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. *Os tribunais, as polícias e o cidadão – O processo penal prático*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002.
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal – Anotado e comentado – Legislação complementar*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual – De acordo com a Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1990.
- GUASP, Jaime. *Juez y hechos en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1943.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E. La socialización del proceso. Constitución, derecho y proceso. In: *Estudios en memoria de Herce y Duque*, Zaragoza, 1983.
- ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d’innocenza dell’imputato*. Bologna: Galeati di Imola, 1979.



LIEBMAN, Enrico Tullio. Fundamento del principio dispositivo. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, v. 15, 1960.

MARTÍN-GRANIZO, M. Fernández. Notas sobre la sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos de 16 de octubre de 1984 (“De Cobre”). *Poder Judicial*, n. 4, dic. 1986.

ORTIZ, Maria Isabel Valldecabres. *Imparcialidad del juez y medios de comunicación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

PICÓ Y JUNOI, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: Bosch, 1998.

PISAPIA, Gian Domenico. *Copendio di procedura penal*. Padova: Cedam, 1975.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, a. LI, n. 2, jun. 1997.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002.

Submissão em: 17.08.2018

Avaliado em: 16.05.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 11.07.2019 (Avaliador E)

Aceito em: 13.08.2019

# DEFENSORES/AS DE DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA: UM ENSAIO SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO E A EXECUÇÃO DE DEFENSORES/AS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL À LUZ DO RECENTE CASO MARIELLE FRANCO

*HUMAN RIGHTS DEFENDERS IN CONTEMPORARY LATIN AMERICA: AN ESSAY ON THE CRIMINALIZATION AND EXECUTION OF HUMAN RIGHTS DEFENDERS IN BRAZIL IN LIGHT OF THE RECENT MARIELLE FRANCO CASE*

**Carmen Hein de Campos<sup>1</sup>**

Doutora em Ciências Criminais (PUCRS, Porto Alegre/RS, Brasil)

**Gabrielle Bezerra Sales Sarlet<sup>2</sup>**

Doutora em Direito (UNI-Augsburg, Augsburg, Alemanha)

**ÁREA(S):** direitos humanos; direitos fundamentais; direito constitucional.

**RESUMO:** Este artigo analisa as condições atuais em que ocorre a atuação das e dos defensores/as de direitos humanos no contexto latino-americano para evidenciar a indisociabilidade da teoria e da prática,

principalmente no que se refere à esfera dos direitos e das garantias nos âmbitos interno e internacional de proteção. Discute a morte da defensora de direitos humanos Marielle Franco e a fragilidade institucional da defesa dos direitos humanos no Brasil e na América Latina. Por meio de pesquisa teórica, eminentemente bibliográfica e

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pela Universidade de Toronto. Professora do Programa de Mestrado em Direitos Humanos e do Curso de Direito do Centro Universitário UniRitter/RS. *E-mail:* charmcampos@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3038625843658528>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4672-0084>.

<sup>2</sup> Graduada e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pós-Doutoranda em Direito pela PUC/RS e pela Universidade de Hamburgo - Alemanha. Advogada e Professora da Graduação em Direito da Universidade Feevale. *E-mail:* gabriellebezerrasales@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9638814642817946>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3628-0852>.

exploratória, com base na radiografia dos panoramas latino-americano e brasileiro realizada por diversas entidades internacionais, conclui-se pela necessidade de mudanças estruturais no País para se assegurar o exercício da defesa dos direitos humanos e o bem-estar de populações mais vulneráveis.

**ABSTRACT:** *This article analyzes the current conditions in which human rights defenders work in the Latin American context to demonstrate the inseparability of theory and practice, especially in the sphere of rights and guarantees in the internal sphere and international protection. It discusses the death of human rights defender Marielle Franco and the institutional fragility of the defense of human rights in Brazil and Latin America. By means of theoretical research, eminently bibliographical and exploratory, based on the radiography of the Latin American and Brazilian panoramas carried out by several international entities, it is concluded by the need for structural changes in the country to ensure the exercise of the defense of human rights and the well-being of the most vulnerable populations.*

**PALAVRAS-CHAVE:** direitos humanos; violência urbana; vulnerabilidades; defensores.

**KEYWORDS:** *human rights; urban violence; vulnerabilities; defenders.*

**SUMÁRIO:** Notas introdutórias; 1 América Latina e a camuflagem de perplexidades; 2 O atual contexto latino-americano e, em particular, o brasileiro, em face dos setenta anos da Declaração de Direitos Humanos da ONU e dos vinte anos da Declaração da ONU sobre os defensora/es de direitos humanos; 3 Os 30 anos da Constituição Cidadã: uma análise acerca da efetividade dos direitos humanos e fundamentais no Brasil pós-88 a partir do recorte dos números da violência urbana; 4 Breve análise acerca do caso Marielle Franco e suas repercussões para a consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil e para a defesa dos direitos humanos; Considerações finais; Referências.

**SUMMARY:** *Introductory notes; 1 Latin America and the camouflage of perplexities; 2 The current Latin American, in particular the Brazilian context, in view of the seventy years of the UN Declaration of Human Rights and the twenty years of the UN Declaration on human rights defenders; 3 The 30 years of the Brazilian's Constitution: an analysis of the effectiveness of human and fundamental rights in Brazil post-88 from the cut in urban violence numbers; 4 Brief analysis on the Marielle Franco case and its repercussions for the consolidation of the Democratic State of Law in Brazil and for the human rights; Final considerations; References.*

## NOTAS INTRODUTÓRIAS

O atual sistema normativo brasileiro, ancorado na Constituição Federal de 1988, possibilitou a tessitura de algumas das mais relevantes medidas de caráter protetivo à pessoa humana nos últimos tempos e, de modo geral, às pessoas mais vulneráveis, na medida em que, ao se abrir para a esfera internacional de proteção aos direitos humanos e, sobretudo, na medida em que se reconheceu como membro do sistema interamericano de direitos, criou e acolheu esferas distintas que se alinham e se complementam para a garantia de direitos<sup>3</sup>. Ocorre que, a despeito dessa reviravolta cultural e desses empreendimentos normativos, políticos e sociais, subsiste uma conjuntura marcada por profundas violações no País, especialmente voltadas para alguns grupos populacionais específicos, que, afetando-os de modo cruel, torna cada vez mais imprescindível a atuação dos e das defensores/as de direitos humanos.

No sentido de analisar as condições atuais em que ocorre a atuação das e dos defensores/as de direitos humanos no contexto latino-americano, a presente pesquisa, para além de molduras teórico-normativas, intentou privilegiar a atualidade contida no recente caso ocorrido no Rio de Janeiro por ocasião do assassinato da vereadora e defensora de direitos humanos Marielle Franco. E, dessa forma, analisá-lo com o desiderato de evidenciar a indissociabilidade da teoria e da prática, principalmente no que se refere à esfera dos direitos e das garantias, seja no âmbito interno, seja no âmbito internacional global de proteção. Consiste em uma pesquisa teórica, eminentemente bibliográfica e exploratória, sobretudo com base na radiografia dos panoramas latino-americano e brasileiro realizada por diversas entidades, tendo como opção metodológica a perspectiva dialógica mediante enfoque dado ao sistema constitucional pátrio, ao sistema global e ao sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

### 1 AMÉRICA LATINA E A CAMUFLAGEM DE PERPLEXIDADES

A América Latina é complexa e extremamente heterogênea. No entanto, uma característica comum entre os países dessa região é que todos eles têm sofrido significativas mudanças sociais, políticas, econômicas e ambientais nos

---

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: DE PRETTO, Renata Siqueira; KIM, Richard Poe; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo (Coord.). *Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. p. 55-83.

últimos anos<sup>4</sup>. Destaca-se o tradicional apelo às ditaduras, o recente processo de democratização da maioria dos países e, desse modo, o acentuado grau de imaturidade e de incipiente emancipação das populações para o exercício da cidadania, além das crises institucionais que atualmente têm assolado a região. Esse cenário violento, miscelânea composta por ex-colônias, traduz-se em um espaço de desigualdades sociais, de discriminação e de desamparo de grupos vulneráveis, ou seja, expressando um abissal desnível entre as diversas classes sociais e um permanente estado de violação de direitos humanos que compõe os desafios para o desenvolvimento econômico e social<sup>5</sup>.

Infere-se, desse modo, um radical distanciamento das metas arroladas na Agenda 2030 pela Organização das Nações Unidas (doravante ONU), na medida em que, de forma difusa, há uma indisfarçável precariedade quanto à erradicação da pobreza e da fome, à garantia da educação de qualidade, de água potável, de saneamento básico, de respeito e igualdade de gênero, etc.<sup>6</sup> Quanto ao desenvolvimento humano, verifica-se que o Chile, o primeiro no *ranking* da América Latina estabelecido pelo PNUD<sup>7</sup>, ocupa a 38<sup>a</sup> posição no *ranking* geral, tendo a Argentina e o Uruguai, segundo e terceiro países da lista, ocupando a 45<sup>a</sup> e a 54<sup>a</sup> posições, respectivamente, demonstrando um real descompasso em relação aos países desenvolvidos no que se refere, *e.g.*, à expectativa e à qualidade de vida, à média de anos estudados e à renda *per capita*<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> UNDP Brasil. Relatório do PNUD destaca grupos sociais que não se beneficiam do desenvolvimento humano. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2017/03/21/relat-rio-do-pnud-destaca-grupos-sociais-que-n-o-se-beneficiam-do-desenvolvimento-humano.html>>. Acesso em: 10 set. 2017.

<sup>5</sup> INSTITUTO Mongeral Aegon FGV. Disponível em: <[https://idl.institutomongeralaeon.org/?gclid=CjwKCAjwoKDXBRAAEiwA4xnqv8IXFj-MawuMqsLBCeZ725FyMm7oF2YVxqNpgGtF8VmYOBPPrkPM8RoCEHgQAvD\\_BwE](https://idl.institutomongeralaeon.org/?gclid=CjwKCAjwoKDXBRAAEiwA4xnqv8IXFj-MawuMqsLBCeZ725FyMm7oF2YVxqNpgGtF8VmYOBPPrkPM8RoCEHgQAvD_BwE)>. Acesso em: 1 mai. 2018.

<sup>6</sup> UNDP Brasil. Relatório do PNUD destaca grupos sociais que não se beneficiam do desenvolvimento humano. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2017/03/21/relat-rio-do-pnud-destaca-grupos-sociais-que-n-o-se-beneficiam-do-desenvolvimento-humano.html>>. Acesso em: 10 set. 2017.

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> O Relatório de Desenvolvimento Humano (PNUD, 2016) destaca que, em relação à 2014, o Brasil estagnou no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), no valor de 0,754, e no *ranking* mantém a posição 79 entre 188 países. Na América do Sul, o Brasil é o 5º país com maior IDH. No entanto, está atrás do Chile, da Argentina, do Uruguai e de Venezuela. Comparativamente, entre os países com IDH considerado muito alto estão, entre outros, Noruega (0,949), Austrália (0,939) e Suíça (0,939). No que se refere ao índice de desigualdade de gênero, Noruega (0,053), Austrália (0,120) e Suíça (0,040) são os três com menor índice. O Brasil, na 79ª posição, possui o índice de 0,414. No que se refere ao

Percebe-se, todavia, nos últimos anos, uma alteração nesse arquétipo continental em virtude da implantação de políticas públicas de inclusão voltadas para a erradicação da miséria, para a queda dos índices de mortalidade materna e infantil, para a ampliação do acesso ao ensino superior, entre outras, que, de modo geral, favoreceram uma nova moldura para a educação política e para a concretização dos direitos humanos, retirando muitos grupos populacionais da condição de invisibilidade e garantindo um sustento mínimo, isto é, acima da linha da miséria.

Essas mudanças não são o resultado de uma abordagem *laissez-faire*; em vez disso, elas têm sido percebidas em razão da implementação de políticas públicas que moldaram não só o crescimento econômico (renda), mas também algumas realizações culturais na esfera social, empregatícia e educacional (além da renda)<sup>9</sup>.

Em rigor, o progresso na vida dos cidadãos na América Latina ainda é marcado por uma forte sensação de fragilidade em relação às conquistas realizadas até agora. Isso reflete uma tensão permanente entre projetos autônomos de vida, as decisões e os roteiros institucionais voltados para o aumento da renda e do bem-estar material. Há ainda a ruína dos aparelhos estatais no que tange à corrupção generalizada e à ausência de segurança pública, em particular nas zonas periféricas dos grandes centros urbanos, potencializando ainda mais a instabilidade e, assim, impossibilitando a esfera social de fortalecer os laços sociais e os elementos institucionais de desenvolvimento que ainda devem ser revistos e construídos.

Com efeito, os governos da América Latina lideraram inovações sociais ao longo dos últimos 15 anos e essas precisam ser protegidas e, não obstante, ressignificadas em um amplo espaço democrático de fortalecimento das instituições e em sintonia com os discursos produzidos pelas lideranças populares. Sem embargo, essa capacidade de inovação deve ser estendida a todas as dimensões do bem-estar que certamente contribui para uma vida completa e, conseqüentemente, em pleno acordo com o teor dos direitos humanos.

---

percentual da população com idade de 25 anos ou mais com pelo menos educação secundária o Brasil registrou 57,25% comparativamente menor que Noruega (95,3%), Austrália (91,5%) e Suíça (96,7%). Em relação ao Produto Interno Bruto, a renda per capita no Brasil foi de 14,455, enquanto que a da Noruega foi 64,451, da Austrália 43,665 e da Suíça 55,112 (Idem).

<sup>9</sup> Idem.

Os países da região, em regra, enfrentam o duplo desafio de criar economias criativas e inclusivas, promovendo o desenvolvimento de sistemas de proteção social, de expansão dos sistemas de cuidados e de extensão dos limites da igualdade de gênero, bem como o desenvolvimento de uma melhor qualidade de emprego e das competências exigidas pelo mercado de trabalho, a proteção das populações indígenas e dos povos originários, a erradicação da violência doméstica e familiar, do trabalho escravo, da discriminação em razão da identidade de gênero e do racismo, juntamente com um melhor acesso a insumos, bens físicos e financeiros.

Logo, urge, sobretudo por meio da educação em direitos humanos e da luta dos defensores e das defensoras, a promoção de estruturas que oportunizem o progresso multidimensional que garanta a todos, indistintamente, as condições para o seu desenvolvimento em patamares sustentáveis, assegurando, dessa forma, que “o enfoque (do desenvolvimento humano) deve preocupar-se não apenas com o que as pessoas fazem, mas também com a sua capacidade real de alcançar aquilo que desejam ser”<sup>10</sup>.

## **2 O ATUAL CONTEXTO LATINO-AMERICANO E, EM PARTICULAR, O BRASILEIRO, EM FACE DOS SETENTA ANOS DA DECLARAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU E DOS VINTE ANOS DA DECLARAÇÃO DA ONU SOBRE OS DEFENSORA/ES DE DIREITOS HUMANOS<sup>11</sup>**

Há setenta anos as Nações Unidas, compartilhando esforços com vários países, em especial com os chamados Aliados, para emular uma nova estrutura normativa de direitos e de garantias assegurados a toda a Humanidade, adotou a Declaração Universal dos Direitos que, na qualidade de um legado da Segunda Guerra Mundial, intentava reconhecer uma espécie de cidadania global ancorada na dignidade humana<sup>12</sup>. Para impedir que as atrocidades perpetradas

<sup>10</sup> SEN, Amartya. *Idea of Justice*. Cambridge, MA: e Belknap Press of Harvar, 2009; SOUZA Pedro Herculano Guimarães Ferreira de; MEDEIROS, Marcelo. *International Policy Centre for Inclusive Growth*. The concentration of income at the top in Brazil, 2006-2014.

<sup>11</sup> Declaração sobre o Direito e a Responsabilidade dos Indivíduos, Grupos ou Órgãos da Sociedade de Promover e Proteger os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Universalmente Reconhecidos (Defensores de Direitos Humanos). Resolução nº 53/144 da Assembleia-Geral das Nações Unidas, de 9 de dezembro de 1998.

<sup>12</sup> BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*. New York: Oxford, 2004. p. 26-27.

durante o período da guerra voltassem a ocorrer, foi instituída uma comissão presidida por Eleanor Roosevelt com o fim de esboçar uma declaração que se tornou icônica por se materializar em um mundo que à época encontrava-se dividido em blocos, mas, sobretudo, por ter se tornado uma inspiração<sup>13</sup> para a maioria das Constituições contemporâneas dos Estados Democráticos, além de ser, atualmente, um dos documentos mais traduzidos em toda a História.

Basicamente essa declaração enunciou o conteúdo dos chamados direitos fundamentais, instaurando uma nova perspectivação e, desse modo, forjando a categoria dos direitos humanos a despeito da ideia de direitos do homem ou de direitos naturais, afiançou a perspectiva internacional no sentido de assegurar mais um nível de proteção ao ser humano.

E, assim, buscava empreender um monumento que erigisse um feixe de garantias efetivas para além da abordagem liberal, alcançando em razão de seus desdobramentos por ocasião de acordos, de pactos e de convenções que foram sendo posteriormente firmados, particularmente por meio do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, uma abordagem integral na construção e na afirmação de direitos essenciais que necessariamente deveriam ser assegurados na medida da igualdade, da dignidade e da liberdade de todos, independentemente da diversidade de credo, da raça, da etnia, do gênero, etc.

A relevância desses documentos pode ser reconhecida igualmente pela implementação de sistemas regionais de proteção de direitos humanos, *e.g.*, europeu, africano e interamericano. A propósito, a caracterização dos direitos humanos introduziu um modo singular de apreciação do fenômeno jurídico pautado no princípio *pro homine*, englobando a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relacionaridade, mediante mecanismos convencionais e não convencionais de monitoramento. Inconteste clivagem, todavia, não foi suficiente para garantir seus intentos, restando aos defensores e às defensoras o desafio contínuo de reelaborar e atualizar as metas, os institutos, os modos de atuação e até mesmo os conceitos a partir do novo *ethos* mundial e da hodierna paleta de violações<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> A respeito, FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; LYNN, Hunt. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

<sup>14</sup> HAN, Byung-Chul. *A sociedade da transparência*. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água, 2014. p. 26.



Assim, em 1998 as Nações Unidas proclamaram a Declaração de Defensores/as de Direitos Humanos afirmando o direito das pessoas, individualmente ou em associação com outras, de promover e de lutar pela proteção e pela realização dos direitos humanos e das liberdades fundamentais a nível nacional e internacional<sup>15</sup>, e o dever do Estado de garantir o exercício desse direito<sup>16</sup>. Conforme a ONU, o termo “defensor/a de direitos humanos” refere-se a indivíduos ou a grupos que, por sua capacidade pessoal ou profissional e de maneira pacífica, se esforçam para proteger e promover os direitos humanos. Os defensores e as defensoras são identificados/as acima de tudo pelo que fazem individualmente e são caracterizados/as por encetarem ações coletivas no sentido de proteger os direitos humanos.

Nesse sentido, seu direito de exercer os direitos e as liberdades fundamentais, como o direito à reunião e à associação pacíficas, o direito de participar dos assuntos públicos e a liberdade de expressão e de opinião, está firmemente enraizado no sistema internacional de direitos humanos<sup>17</sup> e, inclusive, consagrado na maioria dos textos constitucionais do continente latino-americano. No entanto, o exercício da defesa dos direitos humanos na América Latina e, em particular, no Brasil tem se tornado cada vez mais gravoso a cada década e, de fato, não tem sido um direito efetivamente garantido pelo Estado brasileiro, custando a vida de muitos deles e delas.

---

<sup>15</sup> “Art. 1.º Todas as pessoas têm o direito, individualmente e em associação com outras, de promover e lutar pela proteção e realização dos direitos humanos e das liberdades fundamentais a nível nacional e internacional.”

<sup>16</sup> “Art. 12.º 1. Todos têm o direito, individualmente ou em associação com outros, de participar em atividades pacíficas contra violações de direitos humanos e liberdades fundamentais.

2. O Estado deverá adoptar todas as medidas adequadas para garantir que as autoridades competentes protegem todas as pessoas, individualmente e em associação com outras, contra qualquer forma de violência, ameaças, retaliação, discriminação negativa de facto ou de direito, coacção ou qualquer outra ação arbitrária resultante do facto de a pessoa em questão ter exercido legitimamente os direitos enunciados na presente Declaração.

3. A este respeito, todos têm o direito, individualmente e em associação com outros, a uma protecção eficaz da lei nacional ao reagir ou manifestar oposição, por meios pacíficos, relativamente a actividades, actos e omissões imputáveis aos Estados, que resultem em violações de direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como a actos de violência perpetrados por grupos ou indivíduos que afectem o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais.”

<sup>17</sup> Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, Michel Forst. Human Rights Council. Thirty-seventh session 26 February-23 March 2018 Agenda item 3 Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. A/HRC/37/51/Add.1. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/043/30/PDF/G1804330.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

Salienta-se que o Relatório da Oxfam (2016) apontou a América Latina como um dos cenários mais complexos para o trabalho de defensoras e defensores de direitos. A concentração de renda na região é a mais desigual do mundo - o índice GINI é de 0,489 -, com 175 milhões de pessoas em situação de pobreza. Em rigor, ganha do resto do mundo em número de mortes violentas (sem levar em conta as vítimas de conflitos armados). Contabiliza 448 mil pessoas refugiadas (ou em estado similar), mais de 7 milhões de deslocados e uma média de mais de 100 mil pessoas centro-americanas que todo ano migram para os Estados Unidos em razão da situação de pobreza e de violência em seus países de origem. Essa conjuntura, indiscutivelmente, torna ainda mais relevante e perigoso o trabalho de pessoas defensoras, que buscam transformar a realidade em Estados debilitados e na ausência de um modelo econômico que garanta os direitos da maioria da população<sup>18</sup>. Dito de outra maneira, a adoção de um modelo econômico que fomenta a desigualdade extrema e impacta negativamente os direitos fundamentais das populações é uma ameaça à atuação de quem defende os direitos humanos<sup>19</sup>.

Embora o nível de risco varie de país para país, em consonância com o que fora anteriormente disposto, existem certos padrões preocupantes que estão presentes de modo difuso em toda a região, *e.g.*, debilidade institucional, impunidade generalizada, criminalização, falta de rigor e seriedade no planejamento urbano e na ocupação do solo, conflitos sociais decorrentes de megaprojetos, e as graves ameaças colocadas por atores não estatais, como as grandes empresas privadas e o crime organizado<sup>20</sup>.

Além disso, observa-se uma relação entre a expansão de projetos e de atividades extrativistas e o aumento das violações de direitos humanos nesses territórios e, ainda, a cooptação das instituições estatais a favor do poder fático, exercido à margem das instâncias formais (e que não coincide necessariamente com o aparato estatal) e que se serve de sua autoridade informal ou da capacidade de pressão pela força econômica, política ou de poder pela relação com o crime,

<sup>18</sup> Oxfam. Nota Informativa. Defensores em perigo. A intensificação das agressões contra defensoras e defensores dos direitos humanos na América Latina.

<sup>19</sup> Idem.

<sup>20</sup> Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, Michel Forst. Human Rights Council. Thirty-seventh session 26 February-23 March 2018 Agenda item 3 Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. A/HRC/37/51/Add.1. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/043/30/PDF/G1804330.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

para neutralizar a função primordial do Estado de garantir os direitos de toda a população.

Evidencia-se ainda que uma das questões mais críticas que os defensores e as defensoras dos direitos humanos nas Américas apontada no Relatório da ONU é a falta de sistemas de justiça eficientes, transparentes e independentes garantidores dos direitos humanos e fundamentais<sup>21</sup>. Ao fim e ao cabo, a impunidade se sobressai em um discurso de que não há consequências para quem comete crimes, sobretudo contra os defensores e as defensoras, perpetuando, por sua vez, o ciclo de violência e dissuadindo os/as defensores/as de continuar lutando e de apresentar queixas e, com isto, de prosseguir no exercício de denunciar, assim como os sobreviventes de violações de buscar o apoio dos defensores/as para defesa de suas causas.

As razões dessa fragilidade institucional na região parecem estar ligadas, entre outros dados, à falta de independência das autoridades de segurança, de investigação e judiciais, à ausência de responsabilização e de transparência perante a sociedade civil e outras esferas do governo, à penetração da corrupção e à falta de pessoal qualificado e profissional, cabendo aos governos reconhecer a profundidade do problema e, desse modo, tomar medidas estruturais para solucioná-lo.

Segundo o Ipea, o panorama radiografado a partir do atlas da violência 2017 demonstra uma deterioração, nos últimos anos, no cenário brasileiro sobre a garantia do direito à vida e à cidadania, sobressaindo a necessidade de um maior comprometimento das principais autoridades políticas e do campo da segurança pública em torno de um pacto contra os homicídios, em que a coordenação, o planejamento e a boa gestão venham a substituir o proselitismo político vazio, seguido de ações midiáticas<sup>22</sup>.

Importa registrar que, em seus esforços para alcançar a plena eficácia<sup>23</sup> dos direitos sociais, econômicos e culturais e, desse modo, ao procurar denunciar

---

<sup>21</sup> Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, Michel Forst. Human Rights Council.

<sup>22</sup> CERQUEIRA, Daniel; LIMA Renato Sergio; BUENO Samira; VALENCIA Luis Iván; HANASHIRO Olaya; MACHADO Pedro Henrique G.; LIMA, Adriana dos Santos. *Atlas da Violência, 2017*. Rio de Janeiro: Ipea/Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017.

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia e “cláusulas pétreas” na Constituição Federal de 1988. In: SGARBOSSA, Luis Fernando (Org.). *Desafios da democracia contemporânea: entre constitucionalismo e democracia*. Curitiba: Instituto Memória, 2018. p. 11-63.

as violações dos direitos humanos, pôr fim à impunidade destas violações e ao resistir à discriminação ou à marginalização, os/as defensores/as dos direitos humanos correm muitos riscos. Seus direitos à vida, à liberdade e à integridade física são, em geral, brutalmente ameaçados. Elas/eles passam a ser sujeitos a perseguições, assédio e, inclusive, calúnias, injúrias e difamações como uma modalidade de retaliação por parte do Estado, bem como por entidades não estatais influentes.

Líderes e apoiadores/as de movimentos sociais, em particular, sofrem e estão em sério risco para empreender suas atividades em defesa dos direitos humanos<sup>24</sup>. Muitos/as são atacados/as pelo que são e pelo que fazem, como as que defendem os direitos das mulheres, de lésbicas, *gays*, bissexuais, transgêneros e intersexuais<sup>25</sup>, de populações indígenas e grupos minoritários. Outros/as, atuam durante conflitos, ou em comunidades que estão sob o domínio do crime organizado e da repressão violenta<sup>26</sup>.

Esse grupo de defensores e defensoras é um dos mais propensos à criminalização. Segundo o Relatório sobre a Criminalização de Defensores e Defensoras de Direitos Humanos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), o uso indevido do direito penal tem sido uma forma de obstaculizar o trabalho de defesa de direitos. A manipulação do direito penal por meio da criminalização de ações ou de condutas tem sido frequente. Os processos de criminalização são originados por denúncias infundadas, geralmente associados a condutas tipificadas como induzimento à rebelião, “terrorismo”, “sabotagem”, “apologia ao crime” e “ataque ou resistência à autoridade pública”, e tendem a ser aplicados arbitrariamente pelas autoridades<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, Michel Forst. Human Rights Council. Também, Anistia Internacional. Ataques letais mas evitáveis assassinatos e desaparecimentos forçados daqueles que defendem os direitos humanos. Disponível em: <<https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2017/12/relatorio-killings-final.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2019.

<sup>25</sup> DIAS, Maria Berenice. Rumo a um novo direito. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2017; DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. *Sistema de Derechos Fundamentales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2005. p. 31-56.

<sup>26</sup> Anistia Internacional. Ataques letais mas evitáveis assassinatos e desaparecimentos forçados daqueles que defendem os direitos humanos. Disponível em: <<https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2017/12/relatorio-killings-final.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2019.

<sup>27</sup> OEA. Criminalização de defensores e defensoras de direitos humanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2015, p. 12.

Essa arbitrariedade e criminalização de defensores de direitos humanos pode ser exemplificada no caso *Cabrera Garcia y Montiel Flores v. México*. Teodoro Cabrera Garcia e Rodolfo Montiel Flores, camponeses ecologistas, defensores do meio ambiente, foram presos e detidos ilegalmente por 40 membros do exército mexicano em 1999<sup>28</sup>. Durante o período de detenção, foram torturados e submetidos a tratamento desumano, sendo obrigados a assinar confissão de delitos não cometidos que resultou em sua prisão por dois anos. O caso foi submetido à CIDH<sup>29</sup> em 2001 e, posteriormente, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>30</sup> em 2010. A Corte responsabilizou o Estado mexicano por violação de integridade pessoal, tortura e garantias processuais, e determinou, além de indenização, a investigação dos crimes cometidos pelos agentes estatais.

Tem-se que a defesa dos direitos humanos tem sido uma difícil tarefa na região, tanto pela omissão do Estado na proteção de defensores e defensoras quanto pela instrumentalização por meio da utilização do sistema punitivo.

Ademais, tem chamado atenção o aumento da violência contra mulheres defensoras de direitos humanos, fato decorrente da hegemonia da cultura patriarcal na América Latina, pois, ao desafiarem, com suas ações, as normas culturais, religiosas e sociais sofrem hostilidade, sendo vítimas de repressão e de violência com mais frequência e intensidade. Essas agressões, além de terem como objetivo anular suas ações, reforçam os estereótipos discriminatórios que debilitam a proteção e o respeito ao trabalho delas, criando perversas condições para ataques mais violentos que finalmente colocam suas vidas em perigo<sup>31</sup>.

Especificamente, aquelas que defendem os direitos sexuais e reprodutivos nas Américas enfrentam obstáculos particulares quando desafiam os estereótipos

---

<sup>28</sup> CIDH. Caso 12.449, Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores, México, 30 de octubre de 2008.

<sup>29</sup> Petição nº 12.449, de 25 de outubro de 2001. Admissibilidade em 7 de fevereiro de 2004. Informe de fundo (88/08): da CIDH em 30 de outubro de 2008. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=343](http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=343)>. Acesso em: 22 jun. 2019.

<sup>30</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel Flores v. México. Sentencia de 26 de Noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_220\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf)>. Acesso em: 22 jun. 2019.

<sup>31</sup> Oxfam. Nota Informativa. Defensores em perigo. A intensificação das agressões contra defensoras e defensores dos direitos humanos na América Latina, p. 2.

sociais, sexuais e de gênero, os padrões socioculturais tradicionais sobre o papel das mulheres e dos homens, sobre identidade de gênero e de orientação sexual<sup>32</sup>.

Nesse sentido, a identificação e a defesa de mulheres lésbicas, *gays*, bissexuais, transexuais e intersexuais (LGBT+), dos direitos sexuais e reprodutivos e do direito de não sofrer discriminação com base na orientação sexual e na identidade de gênero agregam específicas violações e ameaças, tais como a estigmatização e a exclusão em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero<sup>33</sup>. Essa dimensão da violência de gênero é uma “discriminação e violência sistêmicas e estruturais enfrentadas pelas defensoras dos direitos humanos, e pelos defensores dos direitos das mulheres” reconhecidas pela ONU<sup>34</sup>.

A propósito, em 2016 a Global Witness apontou que pelo menos 185 pessoas defensoras de direitos humanos foram assassinadas em 2015 no mundo, das quais 122 na América Latina. Nos primeiros quatro meses de 2016, 24 pessoas foram assassinadas no Brasil, sendo que, em 2017, esse número subiu para 67 pessoas. Ou seja, há uma escalada da violência contra defensora/es de direitos humanos. Nessa linha de raciocínio, destaca-se que, em 2017, a organização *Front Line Defenders* contabilizou a morte de 312 defensores/as de direitos humanos em 27 países, em que apenas quatro deles são responsáveis por um percentual de 80% das mortes, a dizer, Brasil, Colômbia, México e Filipinas. A partir desse contingente, Brasil e Colômbia somaram, juntos, 156 mortes, sobressaindo o percentual brasileiro que em 2017 contabilizou o assassinato de 67 defensores/as.

Deduz-se daí uma vertiginosa escalada nas mortes de pessoas que defendem os direitos humanos. Aliás, ainda em conformidade com a *Front Line Defenders*, no Brasil houve um aumento de mortes e também no envolvimento das forças de segurança do Estado, sendo que, no Rio de Janeiro, isso ocorreu principalmente nas comunidades, nos morros e nas favelas. Importa destacar que, entre as estratégias para o silenciamento, há uma substancial dimensão de gênero para calar defensores/as de direitos humanos no sentido de que, por exemplo, o emprego da difamação, da calúnia e da injúria como modos de

<sup>32</sup> Anistia Internacional. Ataques letais mas evitáveis assassinatos e desaparecimentos forçados daqueles que defendem os direitos humanos. Disponível em: <<https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2017/12/relatorio-killings-final.pdf>>. p. 5. Acesso em: 22 jun. 2019.

<sup>33</sup> Idem.

<sup>34</sup> Resolução de 13.12.2013.

intimidação e, igualmente, as ameaças foram mais usadas contra as mulheres defensoras dos direitos humanos do que contra os homens<sup>35</sup>.

A *fortiori*, a grave situação dos e das defensoras de direitos humanos no Brasil não é nova e há muito vem sendo denunciada. Em 2005, em visita ao Brasil, a então Relatora Especial da ONU para Defensores de Direitos Humanos Hina Jilani alertou que a maioria das mortes e das ameaças aos defensores de direitos humanos não eram investigadas pelas autoridades policiais locais e federais<sup>36</sup>. Esclareceu que, em certos Estados da Federação, havia “listas” contendo nomes, juntamente com o montante do “prêmio em dinheiro” que seria pago pela sua execução.

Apontou ainda que, no Brasil, de modo geral, as forças de segurança percebem os defensores/as dos direitos humanos, as lideranças comunitárias e os ativistas sociais como “encrenqueiros”, caracterizando-se como uma tendência para equacionar a pobreza com o crime e, desse modo, usar o medo e a criminalização como forma de retratar os defensores/as dos direitos humanos e, portanto, como obstáculos à manutenção da ordem pública. Isto é particularmente verdadeiro no caso dos e das defensores/as que se ocupam da defesa dos direitos dos sem-terra e dos sem-teto, sublinhando-se os de moradores de favelas e de comunidades periféricas, em especial ao participarem de ações públicas para resistir ou para protestar contra a violação de direitos e de garantias.

Nesse sentido, salienta-se a afirmação da Declaração de Defensores de Direitos Humanos de que os Estados têm a responsabilidade de garantir os direitos humanos e, conseqüentemente, de proteger as defensoras e os defensores. Compete aos Estados, além de exercer sua missão de respeitar e de proteger os direitos humanos e as garantias fundamentais, sobretudo o direito à vida, por intermédio de todos os seus órgãos e agentes, tomar todas as medidas preventivas necessárias, no sentido de assegurar a apuração das

---

<sup>35</sup> FRONT LINE DEFENDERS. Annual Report on Human Rights Defenders at Risk in 2017, p. 7. Disponível em: <<https://www.frontlinedefenders.org/en/resource-publication/annual-report-human-rights-defenders-risk-2017>>. Acesso em: 22 jun. 2019.

<sup>36</sup> IMPLEMENTATION OF GENERAL ASSEMBLY RESOLUTION 60/251 OF 15 MARCH 2006 ENTITLED “HUMAN RIGHTS COUNCIL”. Report submitted by the Special Representative of the Secretary-General on the situation of human rights defenders, Hina Jilani Addendum MISSION TO BRAZIL. A/HRC/4/37/Add.2, 19 December 2006, p. 11. Disponível em: <<https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/106/21/PDF/G0710621.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

responsabilidades, agindo com a diligência apropriada para prevenir a privação arbitrária da vida de atores não estatais.

### 3 OS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ: UMA ANÁLISE ACERCA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NO BRASIL PÓS-88 A PARTIR DO RECORTE DOS NÚMEROS DA VIOLÊNCIA URBANA

Em 2018, a Constituição da República completa 30 anos<sup>37</sup>. Em 1988, como fruto da consagração da luta contra a ditadura e pelo retorno à democracia, foi proclamada a nova Constituição Federal – conhecida como Constituição Cidadã por sua ênfase nos direitos e nas garantias fundamentais, sua sistematicidade pautada na transparência e no princípio da responsabilidade para a composição de um solidarismo pleno. Essa Constituição é um marco no Brasil, pois é a culminância de uma ampla luta e intensa mobilização social pela redemocratização do País. A Constituição Cidadã é uma aposta na democracia, no Estado Democrático de Direito, na dignidade da pessoa humana<sup>38</sup>, na garantia dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, na tolerância, no pluralismo e nas múltiplas formas de exercício da cidadania.

A nova Constituição enunciou a promessa de um processo democrático que pavimentaria o caminho para um país igualitário, sem discriminações de qualquer natureza e garantidor dos direitos humanos. Passados trinta anos, a esperança enunciada ainda não se tornou realidade e muitos são os desafios para afirmação de seus pressupostos democráticos, especialmente no que se refere aos direitos humanos e, sobretudo, aos direitos sociais fundamentais<sup>39</sup>.

Um dos aspectos significativos que contribui para esse cenário é o da desigualdade social e do desenvolvimento econômico desordenado<sup>40</sup>. O Brasil é um dos países mais desiguais do mundo e está no grupo das cinco nações em que a parcela mais rica da população recebe mais de 15% da renda nacional. O

<sup>37</sup> A Constituição foi promulgada em 05.10.1988.

<sup>38</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. São Paulo: Fórum, 2013. p. 39; KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade*. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009., p. 171 e ss.

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47.

<sup>40</sup> FORRERSTER, Viviane. *O horror econômico*. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 1997. p. 15.



1% mais rico do Brasil concentra entre 22% e 23% do total da renda do País<sup>41</sup>. Essa concentração de renda aumenta a vulnerabilidade social e dificilmente levará ao cumprimento do 1º Objetivo do Milênio, que é acabar com a pobreza em todas as suas formas e lugares. Além disso, o crescimento rápido e desordenado nas cidades, o mercado seletivo do trabalho, a expansão dos negócios, juntamente com a circulação de drogas ilícitas, o desenvolvimento econômico, o aumento da imigração desordenada, as alterações no espaço urbano e em áreas residenciais a partir dos ditames da especulação imobiliária ampliam e dificultam o controle do crime<sup>42</sup>.

Em verdade, os estudos relacionados à desigualdade social, à violência urbana (e rural) e à segurança pública iniciaram na década de oitenta e tem se perpetuado até os dias atuais<sup>43</sup>. Ademais, essa pauta tem estado na agenda internacional de direitos humanos desde a década de noventa e segue sendo objeto de políticas públicas no País, consoante as recomendações internacionais, sem avanços expressivos.

Seguindo a recomendação da Conferência de Viena (1993), o Brasil criou, em 1996, o Primeiro Programa Nacional de Direitos Humanos no Brasil e, logo a seguir, a Secretaria Nacional de Direitos Humanos (1997) e a Secretaria Nacional da Segurança Pública (1998). Em 2000, foi elaborado o Plano Nacional de Segurança Pública, buscando harmonizar a pauta dos direitos humanos e da segurança pública<sup>44</sup>. Posteriormente, em 2005, foi redigido o Plano Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci). Os planos tinham por objetivo enfrentar a criminalidade violenta, o crime organizado, o narcotráfico e a corrupção, modernizar, qualificar e unificar as polícias civil e militar, reestruturar o sistema prisional, recuperar espaços urbanos, entre outras ações que conjugavam esforços para diminuir a violência urbana e respeitar os direitos humanos.

<sup>41</sup> SOUZA Pedro Herculano Guimarães Ferreira de; MEDEIROS, Marcelo. *International Policy Centre for Inclusive Growth*. The concentration of income at the top in Brazil, 2006-2014.

<sup>42</sup> CERQUEIRA, Daniel; LIMA Renato Sérgio; BUENO Samira; VALENCIA Luis Iván; HANASHIRO Olaya; MACHADO Pedro Henrique G.; LIMA, Adriana dos Santos. *Atlas da Violência*, 2017. Rio de Janeiro: Ipea/Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017.

<sup>43</sup> TAVARES DOS SANTOS, José Vicente. Segurança pública e violência no Brasil. *Cadernos Adenauer IX*, Fundação Konrad Adenauer no Brasil, n. 4, 2008.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 84-85.

No entanto, os programas e os planos não atingiram os objetivos propostos. Por sua vez, as rápidas transformações urbanas e sociais sem as devidas políticas públicas preventivas e de controle, não apenas no campo da segurança pública, mas também do ordenamento urbano e da prevenção social, que envolve educação, assistência social, cultura e saúde, afetam a taxa de criminalidade nas cidades. “Ou seja, a qualidade da política pública é um dos elementos cruciais que pode conduzir à diminuição das dinâmicas criminais”<sup>45</sup>.

Não sem razão, observa-se um aumento vertiginoso da violência urbana, em especial no que concerne aos homicídios – hoje a principal causa de morte de brasileiros entre 15 e 24 anos no Brasil – e atinge especialmente jovens negros do sexo masculino, moradores das periferias e áreas metropolitanas dos centros urbanos. Dados do SIM/Datasus do Ministério da Saúde mostram que mais da metade dos 52.198 mortos por homicídios em 2011 no Brasil eram jovens (27.471, equivalente a 52,63%), dos quais 71,44% eram negros (pretos e pardos) e 93,03% do sexo masculino<sup>46</sup>. Esses homicídios são cometidos majoritariamente por meio de armas de fogo e tem recrudescido de tal forma que, atualmente, o chamado pico letal, ou seja, a idade em que mais jovens morrem, baixou para os 21 anos<sup>47</sup>. Destaca-se que, entre 1980 e 2014, os homicídios por arma de fogo (HAF) foram responsáveis, quase que sozinhos, pelo crescimento acelerado dessas mortes, representando um aumento de 592,8%, sete vezes maior em 2014, do que o volume de 1980<sup>48</sup>.

Embora não existam estimativas confiáveis sobre a circulação de armas de fogo no Brasil, estimou-se, em 2005, que 15,8 milhões de armas de fogo estavam em mãos privadas. Entre 1980 e 2014, foram quase 1 milhão (967.851) de pessoas mortas por armas de fogo no País<sup>49</sup>. Os homicídios representaram, entre 1980 e 2014, 85,8% do total de mortes por armas de fogo. Mas considerando que há

---

<sup>45</sup> CERQUEIRA, Daniel; LIMA Renato Sergio; BUENO Samira; VALENCIA Luis Iván; HANASHIRO Olaya; MACHADO Pedro Henrique G.; LIMA, Adriana dos Santos. *Atlas da Violência*, 2017. Rio de Janeiro: Ipea/Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017. p. 20-21.

<sup>46</sup> MAPA da violência 2013. Homicídios juventude no Brasil, p.9. Disponível em: <www.mapadaviolencia.org.br>. Acesso em: 9 abr. 2018.

<sup>47</sup> CERQUEIRA, Daniel; LIMA Renato Sergio; BUENO Samira; VALENCIA Luis Iván; HANASHIRO Olaya; MACHADO Pedro Henrique G.; LIMA, Adriana dos Santos. *Atlas da Violência*, 2017. Rio de Janeiro: Ipea/Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017. p. 20-21.

<sup>48</sup> MAPA da violência 2013. Homicídios juventude no Brasil, p. 15. Disponível em: <www.mapadaviolencia.org.br>. Acesso em: 9 abr. 2018.

<sup>49</sup> Idem, *ibidem*.

mortes que deveriam ser creditadas a homicídios por armas de fogo, constata-se que “95% da utilização letal das armas de fogo no Brasil tem como finalidade o extermínio intencional do próximo”<sup>50</sup>.

Cerca de 95% das mortes por armas de fogo é de jovens negros, com idade entre 15 e 29 anos<sup>51</sup>. A vitimização negra que, em 2003, era de 71,7% (ou seja, morrem, proporcionalmente, 71,7% mais negros que brancos), pulou para 158,9% em 2014<sup>52</sup>. Assim, não se pode escamotear a existência de um extermínio da população jovem, negra e pobre no País, passando a corroborar com a constatação de que as condições de vida dos negros no Brasil têm sido pouco alteradas desde a época da escravidão, excetuando-se os momentos da história recente em que alguns grupos começaram a ter mais chances de inclusão social em razão das políticas públicas recentemente implantadas, em particular as voltadas para as áreas como a saúde e a educação.

Nesse sentido, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2017) desenvolveu o IVJ – Índice de Violência e Desigualdade Racial, classificando as 27 Unidades da Federação segundo a vulnerabilidade à violência dos jovens de 15 a 29 anos, e incorporando na dimensão da violência entre jovens o indicador de risco relativo que expressa a razão entre a taxa de mortalidade por homicídio de jovens negros e jovens brancos. O estudo detectou um índice de violência contra a juventude (IVJ) de alta vulnerabilidade em doze Estados e de média vulnerabilidade em nove Estados brasileiros<sup>53</sup>.

Em 24 Unidades da Federação brasileira a chance de um jovem negro morrer assassinado é maior do que a de um jovem branco<sup>54</sup>. Constatou-se que a prevalência de jovens negros entre as vítimas de assassinatos em comparação com jovens brancos é uma tendência nacional, pois, em média, jovens negros têm 2,71 mais chances de morrerem por homicídio do que jovens brancos no País<sup>55</sup>. Na região Nordeste, a mortalidade por homicídio foi de 115,7 (para 100

---

<sup>50</sup> MAPA da violência 2016. Homicídios por armas de fogo no Brasil, p. 15 e 60. Disponível em: <[www.mapadaviolencia.org.br](http://www.mapadaviolencia.org.br)>. Acesso em: 9 abr. 2018.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 49 e 60.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>53</sup> FÓRUM Brasileiro de Segurança Pública. *Vulnerabilidade juvenil a violência e desigualdade racial*. São Paulo, 2017. p. 27.

<sup>54</sup> MAPA da violência 2016. Homicídios por armas de fogo no Brasil, p. 60.

<sup>55</sup> FÓRUM Brasileiro de Segurança Pública. *Vulnerabilidade juvenil a violência e desigualdade racial*. São Paulo, 2017. p. 27.

mil) para jovens negros e 27,1 para jovens brancos, ou seja, 4 vezes superior<sup>56</sup>. A taxa de homicídios de jovens negros no Brasil é de 86,3 contra 31,9 de jovens brancos<sup>57</sup>. Ou seja, a cor da pele tem uma significância enorme no que afeta à valorização da vida humana no Brasil, sobretudo a partir do que se depreende dos índices que retratam as mortes juvenis no País.

Pesquisas também demonstram a maior vitimização de feminicídio das mulheres negras no Brasil. Entre 2003 e 2013, aumentou drasticamente a vitimização de mulheres negras e diminuiu a de mulheres brancas. Em 2003, foram vitimadas 1.747 brancas e, em 2013, 1.576. Isso representou uma queda de 9,8% no total de homicídios. Em contraste, os homicídios de mulheres negras aumentam 54,2% no mesmo período, passando de 1.864 para 2.875 vítimas<sup>58</sup>.

Daí afirmar-se que as taxas de homicídio de mulheres brancas caíram 11,9%, isto é, de 3,6 por 100 mil brancas, em 2003, para 3,2 em 2013. Em contrapartida, as taxas das mulheres negras cresceram 19,5%, passando, nesse mesmo período, de 4,5 para 5,4 por 100 mil<sup>59</sup>. Dessa forma, o índice de vitimização das mulheres negras é de 66,7%, ou seja, as mulheres negras têm 66,7% mais chances de morrerem do que as mulheres brancas.

Não se pode olvidar da violência policial como um dos fatores no aumento das mortes no País. Em 2015, o Sistema de Informação de Mortalidade (SIM) registrou apenas 942 casos de intervenções legais, enquanto a segurança pública registrou 3.320 mortes decorrentes de intervenções policiais, ou seja, 3,5 vezes o número de registros da saúde<sup>60</sup>. O modelo de segurança pública alicerçado no confronto policial, nas execuções sumárias e no uso abusivo da força letal há muito vem sendo contestado por pesquisadores e pesquisadoras da área<sup>61</sup>.

As mortes decorrentes da violência da polícia foram objeto de duas investigações da ONU. Em 2003, a então Relatora Especial das Nações Unidas

---

<sup>56</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>57</sup> Idem, ibidem.

<sup>58</sup> MAPA da violência 2015, p. 30. Disponível em: <[www.mapadaviolencia.org.br](http://www.mapadaviolencia.org.br)>. Acesso em: 9 abr. 2018.

<sup>59</sup> Ibidem, p. 31.

<sup>60</sup> CERQUEIRA, Daniel; LIMA Renato Sergio; BUENO Samira; VALENCIA Luis Iván; HANASHIRO Olaya; MACHADO Pedro Henrique G.; LIMA, Adriana dos Santos. *Atlas da Violência, 2017*. Rio de Janeiro: Ipea/Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017. p. 21.

<sup>61</sup> Ver estudos de Kant de Lima, Jacqueline Muniz, Rodrigo G. de Azevedo, Daniel Cerqueira, Ignácio Cano, entre outros.

sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias afirmou que “as mortes cometidas pela polícia são frequentemente execuções extrajudiciais mal disfarçadas”<sup>62</sup>. No Relatório da Visita de 2007 e no Relatório de Acompanhamento das Recomendações, o Relator Especial reiterou que, na maioria dos casos, as execuções cometidas por policiais em serviço são registradas como “atos de resistência” ou casos de “resistência seguida de morte”, ou seja, a própria polícia determina se foi caso de uma execução extrajudicial ou de uma morte conforme a lei. Em raras ocasiões essas classificações realizadas pela própria polícia são investigadas seriamente, e poucos autores são processados ou condenados<sup>63</sup>.

Recentemente, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no Caso Favela Nova Brasília. O Estado brasileiro foi condenado pelas falhas e pela demora na investigação e na punição dos responsáveis pelas execuções extrajudiciais de 26 pessoas durante operações realizadas pela Polícia Civil do Rio de Janeiro nessa comunidade do Complexo do Alemão, em 1994 e 1995. Na sentença, a Corte recomendou que o Estado brasileiro publicasse anualmente um relatório oficial com os dados referentes às mortes decorrentes de intervenção policial em todas as Unidades Federativas e, nesse intuito, estabeleceu o prazo de um ano para que o País crie mecanismos normativos necessários para que, nos casos de mortes decorrentes de intervenção policial, o responsável pela investigação seja um órgão independente da força pública envolvida, uma autoridade judicial ou o Ministério Público. A Corte também determinou que o Estado do Rio de Janeiro estabeleça medidas para reduzir a violência letal.

Como se observa, assegurar os direitos humanos e fundamentais, necessariamente sem olvidar da sua necessária correspondência com os desafios impostos na afirmação dos direitos sociais estabelecidos na Constituição Federal, ainda é um grande desafio ao Estado brasileiro<sup>64</sup>, particularmente em situações de crise como a atual, em que marcadamente tem sido utilizados mecanismos

---

<sup>62</sup> Conforme Relatório da Missão ao Brasil, Relator Especial sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias, U.N. Doc. E/CN.4/2004/7/Add.3, 28 de janeiro de 2004, par. 40.

<sup>63</sup> Conforme Relatório da Missão ao Brasil, Relator Especial sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias. U.N. Doc. A/HRC/11/2/Add.2, 23 de março de 2009; Acompanhamento das Recomendações de País – Brasil, Relator Especial sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias. U.N. Doc. A/HRC/14/24/Add.4, 28 de maio de 2010.

<sup>64</sup> FACHIN, Edson. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012; FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 49.

de exceção para a suposta manutenção da governabilidade. Agrega à análise enumerar aspectos relevantes que singularizam o corrente contexto brasileiro, tais como a intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro que, em síntese, exemplifica de modo evidente o momento crítico vivenciado nesses trinta anos de um novo paradigma constitucional.

#### **4 BREVE ANÁLISE ACERCA DO CASO MARIELLE FRANCO E SUAS REPERCUSSÕES PARA A CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL E PARA A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS**

No dia 14 de março de 2018, o Brasil foi sacudido com a notícia do assassinato da vereadora do PSOL da Cidade do Rio de Janeiro, Marielle Franco<sup>65</sup>, e de seu motorista Anderson Gomes. Marielle era uma parlamentar negra<sup>66</sup>, bissexual, defensora dos direitos humanos de mulheres negras, pessoas LGBTQI e de moradora/es de favelas. A sua morte repercutiu em vários países e reconhecida como uma morte de uma defensora de direitos humanos<sup>67</sup>. Significativo lembrar que, após sair de uma roda de conversa com mulheres negras na Lapa<sup>68</sup>, seu carro foi seguido e alvejado com vários tiros. Convém destacar, ainda, que dias antes havia denunciado a atuação do 41º Batalhão Militar na favela do Acaraí e a violência da ocupação militar apoiada pelo Governo Federal por ocasião da intervenção federal.

Foi eleita vereadora em 2016<sup>69</sup>, e, em apenas 13 meses de mandato, apresentou 13 projetos – entre eles, um contra o assédio às mulheres em transportes públicos, um pelo atendimento humanizado nos casos de aborto legal e um para a criação de um horário noturno em creches municipais, tendo

---

<sup>65</sup> Marielle nasceu e foi criada no Complexo da Maré, zona norte do Rio. Começou a trabalhar aos 11 anos para pagar sua escola, foi educadora em uma creche na Maré e aluna da primeira turma de pré-vestibular comunitário do complexo, aos 19 anos, em 1998. Tornou-se parte do que chamava de “bonde de intelectuais da favela”, uma geração que fez pré-vestibular comunitário e conseguiu acesso às boas faculdades. Iniciou sua militância em direitos humanos em 2000, após a morte de uma amiga, vítima de uma bala perdida em tiroteio entre policiais e traficantes na comunidade da Maré.

<sup>66</sup> Marielle foi eleita pelo PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) em 2016, com a quinta maior votação para a Câmara de Vereadores do Rio de Janeiro/RJ.

<sup>67</sup> Organismos internacionais como o Mesecvi (OEA), a ONU, Anistia Internacional, parlamentares brasileiras/os, e a mídia nacional também se pronunciaram no mesmo sentido.

<sup>68</sup> A Lapa é um dos bairros da cidade do Rio de Janeiro mais conhecidos.

<sup>69</sup> Tomou posse em janeiro de 2017.

em mente mães e pais pobres que estudam ou trabalham à noite, sem ter com quem deixar os filhos. Era também Relatora da Comissão da Câmara Municipal que fiscalizará a intervenção militar no Rio. Presidia, ainda, a Comissão de Defesa da Mulher.

O esclarecimento sobre sua morte é, inequivocamente, importantíssimo para a afirmação da democracia e para a defesa dos direitos humanos, já que o Brasil é considerado um País muito perigoso para defensoras/es de direitos humanos. Por isso, a polícia necessita responder com brevidade quem foi o mandante do crime<sup>70</sup> e porquê. Marielle, em certa medida, incorporava todas as situações de perigo e os riscos que uma defensora de direitos humanos poderia representar: era negra e defendia, entre outras coisas, os direitos das mulheres negras e não negras, a pauta LGBTTIQ e o aborto legal, e denunciava igualmente as mortes de jovens negros em uma comunidade ameaçada pela polícia e pelo crime organizado. Ou seja, considerando todas essas características e em razão do cenário latino-americano e dos particularismos nacionais, pode-se dizer que sua morte era uma morte anunciada. A morte de Marielle, portanto, faz parte de um padrão sistemático de violência patrocinada pelo Estado contra as comunidades negras no Brasil que se projeta em um ambiente latino-americano marcado por desajustes políticos e sociais e de violação de direitos.

Não se pode, entretanto, desconhecer que Marielle rompeu com alguns dos maiores obstáculos impostos às mulheres, sobretudo negras, no Brasil e, dessa forma, tornou-se um alvo para aqueles que atentam contra os direitos humanos. Nesse itinerário de vida, tornou-se uma parlamentar respeitada, defensora de bandeiras que só as pessoas com coragem assumem. De fato, ela, enquanto ativa defensora, conhecia por experiência própria a dor e o sofrimento que ainda são a marca do cotidiano da maioria da população vulnerabilizada, inclusive pela ausência do Estado em algumas zonas urbanas. Não custa reafirmar que o esclarecimento sobre o(s) mandantes(s) de sua morte e também de seu motorista é uma exigência da democracia e uma resposta que o Brasil deve em âmbito internacional.

---

<sup>70</sup> No dia 13 de março de 2019, a polícia prendeu o policial militar reformado Ronnie Lessa apontado como o atirador dos 13 tiros que mataram Marielle e o motorista Anderson da Silva, bem como o ex-militar Elcio Vieira de Queiroz, motorista do carro que perseguiu a vereadora. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/03/12/policia-prende-suspeitos-pelos-assassinatos-da-vereadora-marielle-franco-e-anderson-gomes.ghtml>>. Acesso em: 22 jun. 2019.

A consolidação de um Estado Democrático no Brasil depende do esclarecimento de sua morte, da garantia do pleno exercício do direito de defesa dos direitos humanos, de mudanças nas desigualdades de vida e no enfrentamento às situações que permitiram a morte de Marielle. Sem isso, os direitos e as garantias expressos na Constituição Federal não passarão de uma promessa, ou, pior, de um simulacro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora não se possa falar em proteção integral no que toca à eficácia dos direitos humanos e fundamentais, indiscutível foi a evolução latino-americana e, em particular, a brasileira no plano normativo, inclusive ao assegurar um amplo feixe protetivo de direitos e de garantias<sup>71</sup> muito além dos já consagrados e, nessa medida, houve a expansão do âmbito de proteção e do catálogo outrora existente nas Constituições anteriores, acrescido de aspetos vanguardistas na proteção da pessoa humana.

A propósito, inevitável menção deve ser feita ao teor da Emenda Constitucional nº 45, que alterou o modo de recepção dos tratados e das convenções de direitos humanos no Brasil mediante a inclusão do § 3º ao art. 5º da CF/1988, aplicando a força normativa constitucional a esses documentos internacionais aprovados com o quórum qualificado de três quintos dos membros de cada casa legislativa do Congresso Nacional. Com essa medida, as normas de direitos humanos ganharam em sentido eficaz no ordenamento pátrio e, desse modo, ganharam tanto no que se refere à aplicabilidade quanto à efetividade, o que, por sua vez, ilustra o que Piovesan apontava como um processo em que o direito constitucional e o direito internacional se humanizam mutuamente<sup>72</sup>.

No Brasil, no que afeta ao plano social, as pautas da sociedade foram sendo alteradas a partir do momento da redemocratização, intensificando-se no período que antecedeu a promulgação da CF, na medida em que a população se empoderava após os longos anos ditatoriais, e, então, sob a égide do neoconstitucionalismo, eclodiu uma ruptura, com matizes políticos e jurídicos,

---

<sup>71</sup> DIAS, Maria Berenice. Rumo a um novo direito. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; Díez-Picazo, Luis Maria. *Sistema de Derechos Fundamentales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2005. p. 215.

<sup>72</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27.



cujo efeito mais significativo foi a entronização do princípio da dignidade da pessoa humana no sistema constitucional brasileiro.

Nesse sentido, com particular acento, devem ser mencionadas as movimentações de 2013 que marcaram o Brasil, em que se vislumbrou uma articulação social apartidária mobilizada por meio das redes sociais e, simultaneamente, uma movimentação popular mais inclusiva e representativa no cenário nacional. De qualquer modo, o arrefecimento dessas movimentações coincidiu com a mesma reação de apatia em geral em relação aos números da violência urbana. E, nesse sentido, torna-se possível falar em violência como um problema estrutural, endêmico, vez que parece escapar do controle das autoridades e da sociedade civil de modo geral.

Assim, neste contexto, evidencia-se a magnitude do trabalho empreendido pelos/as defensores/as de direitos humanos, em especial por se tratar de pessoas que se projetam em lutas contra grupos hegemônicos e que, em sua atuação, não dispõe da proteção adequada. Em síntese, afirma-se que não se trata de um fenômeno violento neutro que afeta indistintamente a todos/as. Em rigor, no Brasil há uma violência radicada na discriminação, na intolerância, no racismo e na exclusão.

A morte de Marielle, dessa maneira, faz parte de um padrão de violência sistemática, homicida, terrorista e de silenciamento patrocinado pelo Estado contra as comunidades negras brasileiras projetadas em um ambiente latino-americano marcado por profundas conturbações políticas e sociais. À guisa de exemplo, ela concentrava em si quase todas as modalidades de discriminações possíveis: raça, gênero, sexualidade, classe e ativismo político. Assim, sua morte pode ser interpretada como um ato político (talvez um feminicídio de novo tipo) que combina todas essas discriminações em uma única mulher, que desafiou o *status quo* brasileiro e que, de modo geral, não se diferencia em sua vivência em um cotidiano imposto pelo padrão violento da realidade latino-americana.

Nessa toada, convém esclarecer que em casos como esse, em que se identifica uma indisfarçável violação, é imprescindível apontar para um reconhecimento de uma viragem negativa do Estado Democrático de Direito no Brasil e, nesse desiderato, uma afetação radical à Constituição trintenária, à Declaração Universal dos Direitos Humanos em seus longos setenta anos e, de forma mais incisiva, consiste em agravo à Declaração sobre o Direito e a Responsabilidade dos Indivíduos, Grupos ou Órgãos da Sociedade de Promover

e Proteger os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Universalmente Reconhecidos (Defensores de Direitos Humanos).

Por fim, e no sentido de compreender o caso Marielle como um emblema na aferição dos destinos do País e, conseqüentemente, da América Latina, importa lembrar que, em sua condição de pessoa circunstanciada por diversos atributos que a perfaziam em sua originalidade, ela é a expressão máxima da luta por uma ressignificação do Estado de Direito, em especial na perspectiva dos direitos humanos que devem se irradiar em uma abordagem continental. E, portanto, agrega relevância e urgência ao enfrentamento, especialmente ao racismo estrutural e institucional que vitimiza acentuadamente a população jovem, feminina e negra em razão de um modelo econômico perverso e insidioso que tem se fortalecido nas últimas décadas nesse continente.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009.

ANISTIA Internacional. Ataques letais mas evitáveis assassinatos e desaparecimentos forçados daqueles que defendem os direitos humanos. Disponível em: <<https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2017/12/relatorio-killings-final.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. São Paulo: Fórum, 2013. p. 39.

BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*. New York: Oxford, 2004.

BRASIL. Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência e do Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência e Desigualdade Racial (2017). São Paulo: Secretaria de Governo da Presidência da República/Secretaria Nacional da Juventude/Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017.

CERQUEIRA, Daniel; LIMA Renato Sergio; BUENO Samira; VALENCIA Luis Iván; HANASHIRO Olaya; MACHADO Pedro Henrique G.; LIMA, Adriana dos Santos. *Atlas da Violência, 2017*. Rio de Janeiro: Ipea/Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017.

DIAS, Maria Berenice. Rumo a um novo Direito. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2017.

DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. *Sistema de Derechos Fundamentales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2005.

FACHIN, Edson. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FRONT LINE DEFENDERS. Annual Report on Human Rights Defenders at Risk in 2017. Disponível em: <<https://www.frontlinedefenders.org/en/resource-publication/annual-report-human-rights-defenders-risk-2017>>. Acesso em: 22 jun. 2019.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade*. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LYNN, Hunt. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das letras, 2009.

FÓRUM Brasileiro de Segurança Pública. *Vulnerabilidade Juvenil a Violência e Desigualdade racial*. São Paulo, 2017.

FORRERSTER, Viviane. *O horror econômico*. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 1991.

HAN, Byung-Chul. *A sociedade da transparência*. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água, 2014.

INSTITUTO Mongeral Aegon FGV. Disponível em: <[https://idl.institutomongeralaegon.org/?gclid=CjwKCAjwoKDXBRAAEiwA4xnqv8IXFj-MawuMqsLBCeZ72SFyMm7oF2YVxqNpgGtF8VmYOBPPrkPM8RoCEHgQAvD\\_BwE](https://idl.institutomongeralaegon.org/?gclid=CjwKCAjwoKDXBRAAEiwA4xnqv8IXFj-MawuMqsLBCeZ72SFyMm7oF2YVxqNpgGtF8VmYOBPPrkPM8RoCEHgQAvD_BwE)>. Acesso em: 1 mai. 2018.

MAPA da violência 2013. Homicídios juventude no Brasil. Disponível em: <[www.mapadaviolencia.org.br](http://www.mapadaviolencia.org.br)>. Acesso em: 9 abr. 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: DE PRETTO, Renata Siqueira; KIM, Richard Poe; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo (Coord.). *Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais, democracia e “cláusulas pétreas” na Constituição Federal de 1988. In: SGARBOSSA, Luis Fernando (Org.). *Desafios da democracia contemporânea: entre constitucionalismo e democracia*. Curitiba: Instituto Memória, 2018.

SEN, Amartya. *Idea of Justice*. Cambridge, MA: e Belknap Press of Harvar, 2009.

SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira de; MEDEIROS, Marcelo. *International Policy Centre for Inclusive Growth*. The concentration of income at the top in Brazil, 2006-2014.

TAVARES DOS SANTOS, José Vicente. Segurança pública e violência no Brasil. *Cadernos Adenauer IX*, Fundação Konrad Adenauer no Brasil, n. 4, 2008.

UNDP Brasil. Relatório do PNUD destaca grupos sociais que não se beneficiam do desenvolvimento humano. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2017/03/21/relat-rio-do-pnud-destaca-grupos-sociais-que-n-o-se-beneficiam-do-desenvolvimento-humano.html>>. Acesso em: 10 set. 2017.

Submissão em: 16.05.2019

Avaliado em: 06.06.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 06.06.2019 (Avaliador B)

Aceito em: 13.08.2019



# **HOMO CONSUMENS EM CAMPUS ALGORÍTMICOS: PROTEÇÃO DA VULNERABILIDADE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS**

*HOMO CONSUMERS IN ALGORITHMIC CAMPUS: PROTECTION OF  
VULNERABILITY AS A FUNDAMENTAL RIGHT AND THE GENERAL LAW  
OF DATA PROTECTION*

**Cynthia Obladen de Almendra Freitas<sup>1</sup>**

Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental (PUCPR, Curitiba/PR, Brasil)

**Fábio Henrique Fernandez de Campos<sup>2</sup>**

Professor da Graduação e da Pós-Graduação em Direito da Rede Gonzaga de Ensino Superior (REGES, Ribeirão Preto/SP, Brasil)

**ÁREA(S):** direito do consumidor; direito constitucional.

**RESUMO:** O conceito de *homo consumens* é a nova ordem que guia as relações sociais e, portanto, toma-se como premissa para discutir os efeitos da hipertecnologia como *campus*, a partir de Pierre Bourdieu. As interações entre o homem-consumidor

e as novas tecnologias de informação e comunicação transformaram desde a identidade até os relacionamentos de classe compartimentados em *locus* de interesses no meio ambiente digital, interagindo em plataformas mundiais sem fronteiras ou barreiras. As transformações são tantas que se verifica a precificação da vida, constituída na fugacidade das necessidades criadas

---

<sup>1</sup> Doutora em Informática pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora Titular da PUCPR da Escola de Direito. *E-mail:* cynthia@ppgia.pucpr.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/1058846722790485>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7015-094X>.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUCPR (Curitiba/PR-Brasil) – Minter PUCPR FCR (Faculdade Católica de Rondônia). Delegado de Polícia do Estado de Rondônia. *E-mail:* fabiohfcampos@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5065113608672868>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9101-7507>.

em *campus* de hipertecnologia, o qual possui métodos e técnicas para extrair as preferências do consumidor. Assim, nesse *campus* hipertecnológico, reflete-se sobre a vulnerabilidade do consumidor que se aflora ante o mito do consumo, fazendo da proteção jurídica algo imprescindível, porém, sob risco de não passar de letra morta, tornando, pois, a proteção do direito do consumidor prevista na Constituição Federal um caminho necessariamente progressivo no que pertine à sua facticidade rumo à implementação da Política Nacional das Relações de Consumo e eficácia da recente Lei Geral de Proteção de Dados. Questiona-se, pois, o caminho que a proteção do consumidor como Direito Fundamental está por trilhar.

**ABSTRACT:** *The concept of homo consumens is the new order that guides social relations and therefore it is taken as a premise to discuss the effects of hypertechnology as campus based on Pierre Bourdieu. The interactions between man-consumer and new technologies of information and communication transformed from the identity and the compartmentalized class relationships to locus of interest inside digital environment interacting in global platforms without boundaries or barriers. The transformations are so relevant that it is possible verify the pricing of life, which is based on the transience of the needs created in hypertechnological campus, which has methods and techniques to extract consumer preferences. Thus, in this campus, the paper discusses the vulnerability of the consumer that arises faced to the myth of consumption, making the legal protection something essential. Moreover, there is the risk of the consumer protection to be merely a promise thus making the protection provided for the Constitution necessarily a progressive path to its factuality towards the implementation of the National Policy for Consumer Relations and effectiveness of the recent Brazilians General Data Protection Act. It is questioned the way that the protection of the consumer as Fundamental Right is to tread.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *homo consumens; habitus; campus; hipertecnologia; consumidor; vulnerabilidade; direito fundamental.*

**KEYWORDS:** *homo consumens; habitus; campus; hypertechnology; vulnerability; consumer; fundamental right.*

**SUMÁRIO:** *Introdução; 1 Homo consumens; 2 Campus hipertecnológico e teoria bourdieusiana; 3 Vulnerabilidade e consumo: a constitucionalização do direito fundamental de proteção e a Lei Geral de Proteção de Dados; Conclusão; Referências.*

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Homo consumens; 2 Hypertechnological campus and bourdieusian theory; 3 Vulnerability and consumption: the constitutionalization of the fundamental right of protection and the General Law of Data Protection; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

Segundo Yuval Noah Harari em sua obra *Homo Deus – Uma breve história do amanhã*, a provável questão mais importante na economia do século XXI pode se traduzir em: “O que fazer com todas as pessoas supérfluas? O que os humanos conscientes farão quando tivermos algoritmos não conscientes e sumamente inteligentes para fazer quase tudo melhor?”<sup>3</sup>

Essa indagação alimenta reflexão sobre para onde irá a relação de consumo num futuro cada vez mais representado pela fluidez das relações sociais, da cultura do *everywhere* e da própria cultura do consumo por meio de induções algorítmicas que acabam afetando os conceitos de opção e escolhas e, sobretudo, inflingindo o fator vulnerabilidade.

O art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro estabelece expressamente o reconhecimento do consumidor no mercado de consumo. Nossa lei remonta há quase três décadas de existência, quando ainda não estavam disseminados sistemas de redes sociais, não se falava em internet de alta velocidade, criptomoedas ou mesmo custos de transações reduzidos graças à funcionalidades via *blockchains*. Logo, qual a facticidade, aqui entendida em termos habbermasianos, entre tensão fato-norma da vulnerabilidade do consumidor neste mercado de consumo, em era de hipertecnologia?

Podemos afirmar que, há séculos, essa relação intrínseca entre a preocupação do ser humano e a preponderância do consumo nas relações sociais é presenciada. Ainda no século XVI, Michelangelo Buonarroti, um dos artistas mais conceituados em toda a humanidade, ao realizar sua obra *Júízo Final*, na Capela Sistina, no Vaticano, reproduziu anjos sem asas, santos sem os halos, já em exaltação à tamanha preocupação do homem do referido século com a acumulação de bens materiais.

*O homo consumens*, segundo assim nominado por Zygmunt Baumanem em sua obra escrita em italiano (ainda sem tradução para língua portuguesa: *Homo consumens – Lo sciamе inquieto dei consumatori e la miseria degli esclusi*<sup>4</sup>), traz em si o pensamento de que “todas as ordens sociais produzem uma representação dos

<sup>3</sup> HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus – Uma breve história do amanhã*. Trad. Paulo Geiger. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 321.

<sup>4</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Homo consumens: lo sciamе inquieto dei consumatori e la miseria degli esclusi*. Trento: Edizioni Centro Studi Erickson, 2007. Tradução livre do título da obra: o enxame inquieto dos consumidores e a miséria dos excluídos.



perigos que as ameaçam e, geralmente, essas representações são uma mistura das empresas que as produzem e do tipo de ordem que desejam alcançar”<sup>5</sup>.

Mas, em seguida, alerta para os limites entre a (in)satisfação humana e o motor de sentimentos relacionados ao consumo, na medida em que “se o consumo é a medida de uma vida bem-sucedida, isto é, de felicidade e até de virtude, então não há limite para o desejo humano”<sup>6</sup>.

Este homem consumidor e ao mesmo tempo vulnerável, por ser inserido culturalmente na sociedade de consumo, vem progressivamente reproduzindo *habitus* num ciclo sem fim de necessidade/desejo e consumo. Satisfazer significaria a estagnação econômica. Portanto, eis o confronto entre o homem e o *homo consumens*.

Neste cenário socioeconômico, o que é novo, em minutos, torna-se uma antiga incerteza e o conceito de tempo e espaço não mais podem ser aplicados na sociedade contemporânea. Em *A era dos extremos – O breve século XX (1914-1991)*, Eric Hobsbawm alerta, ainda no último decênio do século passado, que “o poder do mercado independente tornou mais fácil para a juventude descobrir símbolos materiais ou culturais de identidade”<sup>7</sup>.

Hobsbawm contextualiza, nessa passagem, ainda, o abismo entre gerações das décadas de 20 e dos nascidos na década de 50 do século XX, em que “a cultura jovem tornou-se a matriz da revolução cultural no sentido mais amplo de uma revolução nos modos e costumes, nos meios de gozar o lazer e as artes comerciais”<sup>8</sup>, apontando já naquela quadra histórica que o modo de vida urbano tornou-se preponderante na vida social, em que os atores integrantes da sociedade, a partir de então, teriam que “estar cada um na sua”, nos dizeres deste autor, “embora, na prática, a pressão dos pares e a moda impusessem tanta uniformidade quanto antes, pelo menos dentro dos grupos de pares e subculturas”<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Ibid.*, p. 58. Versão original: “*Tutti gli ordini sociali producono una rappresentazione dei pericoli che li minacciano, e generalmente queste rappresentazioni sono a mistura delle società che le producono e del tipo di ordine che vogliono raggiungere*”.

<sup>6</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Ibid.*, p. 58. Versão original: “*Mas se il consumo è la misura de una vita riuscita, cioè della felicità e perfino della virtù, allora non c’è più limite al desiderio umano*”.

<sup>7</sup> HOBBSBAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 322.

<sup>8</sup> *Idem*, p. 323.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 323.

Esse contexto da urbanização e da indústria cultural vem como prenúncio da era digital, entre a última década do século passado até os dias atuais, sendo as barreiras mercadológicas nacionais superadas. O homem, então, não se vê mais adstrito a limites informacionais locais. O *habitus* conceituado por Bourdieu foi escancarado em exatidão, na medida em que as relações passaram a se desenvolver situadas “em disposições socialmente constituídas que, enquanto estruturas estruturantes, constituem o princípio gerador e unificador do conjunto de práticas e das ideologias características de um grupo de agentes”<sup>10</sup>. O homem foi unificado em práticas de consumo.

O homem foi precificado, na era em que, segundo Bourdieu, “o preço em dinheiro tem um tipo de objetividade e universalidade brutais, que não deixam muito espaço para apreciação subjetiva”<sup>11</sup>.

Vive-se o mito do consumo como etiquetamento do indivíduo enquanto classe, num quadro em que o problema se agrava quando as decisões sobre o rumo da humanidade, seja em âmbito econômico, financeiro, ambiental ou de desenvolvimento, escapam da alçada institucional-democrática, diluindo-se numa rede dominada por grandes conglomerados, em receitas que extrapolam Estados-nação, “elites poderosas, *holdings*, multinacionais, *lobbies* e o chamado mercado”<sup>12</sup>, determinando o destino de milhares, numa linha perigosa de irresponsabilização entre atores ativos da relação consumerista.

A tecnologia e, em especial as tecnologias de informação e comunicação (TIC) contribuíram para a formação do meio ambiente digital, não se podendo negar a interdependência do homem contemporâneo com tal meio<sup>13</sup>. Não foi somente o homem-consumidor que mudou, mas mudou o meio pela qual se concretiza a relação de consumo. As relações *face-to-face* passaram a ser realizadas pela internet, o chamado comércio eletrônico (*e-commerce*). Desse modo, com o advento da computação móvel (celulares, *smartphones* e *tablets*), das redes

---

<sup>10</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 60.

<sup>11</sup> BOURDIEU, Pierre. *O campo econômico*. *Política & Sociedade*, v. 4, n. 6, p. 15-57, abr. 2005, p. 34. Artigo publicado na Revista *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n. 119, p. 48-66, set. 1997. Trad. Suzana Cardoso e Cécile Raud-Mattedi. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/1930/1697>>. Acesso em: 19 set. 2017.

<sup>12</sup> BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 43.

<sup>13</sup> CAVEDON, Ricardo; FERREIRA, Helene Sivini; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. O meio ambiente digital sob a ótica da teoria da sociedade de risco: os avanços da informática em debate. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 5, n. 1, p. 194-223, 2015.

sociais, da TV digital interativa (TVDi) e, ainda, das redes de alta velocidade, pode-se desenvolver e implementar novas modalidades de comércio eletrônico focadas nos seguintes elementos básicos: m – mobilidade, s – social, t – televisão e f – Facebook. Surgiram então *m-commerce* (*mobile-commerce*), *s-commerce* (*social-commerce*), *t-commerce* (*TV-commerce*) e *f-commerce* (*Facebook-commerce*), ou seja, o denominado *m-s-t-f-commerce*.

O paradigma inicial da internet era constituir-se em uma rede mundial de computadores trocando informações entre si, mas se tornou muito mais que isso. As palavras de ordem são velocidade, mobilidade, acessibilidade e disponibilidade. Vive-se o paradigma denominado *everyware*, a saber:

*Ever more pervasive, ever harder to perceive, computing has leapt off desktop and insinuated itself into everyday life. Such ubiquitous information technology – “everyware” – will appear in many different contexts and take a wide variety of forms, but it will affect almost every one of us, whether we’re aware of it or not.*<sup>14</sup>

O contexto em que qualquer “coisa” pode ser acessada em qualquer lugar e em qualquer tempo somente se tornou possível por meio da tecnologia, que, de tão extremada é sua presença na vida das pessoas, há de se tratar da hipertecnologia. Entende-se por hipertecnologia:

*An entire interconnected assemblage of various technology operating worldwide which interact electronically. This includes personal and networked computers, the Internet and others webbed connections, telecommunications, satellite hookups, cellular communications, and synchronous and asynchronous capacities.*<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Tradução livre: Ainda mais invasivo, mas difícil de perceber, é que o computador saiu da mesa de trabalho e se insinua em nossa vida diária. Essa tecnologia da informação ubíqua – *everyware* – aparecerá em muitos contextos diferentes e tomará uma variedade de formas, mas afetará quase todos nós, estamos ou não conscientes disto. (GREENFIELD, Adam. *Everyware: the dawning age of ubiquitous computing*. AIGA, New Riders, 2006. p. 9)

<sup>15</sup> Tradução livre: Todo o conjunto de várias tecnologias que operam em escala mundial e interagem eletronicamente. Isso inclui computadores pessoais e em rede, internet e outras conexões web, telecomunicações, conexões de satélite, comunicações por meio de celulares e capacidades sincronizadas ou não. (KREUGER, Larry W.; STRETCH, John J. How hypermodern technology in social work education bites back. *Journal of Social Work Education*, 36(1), p. 103-114, 2000, p. 103)

Portanto, estando o *homo consumens* inserido no contexto da hipertecnologia, o artigo utiliza-se do conceito de *campus* do sociólogo Pierre Bourdieu, de modo a discutir a vulnerabilidade do consumidor, o *homo consumens*, diante da sociedade contemporânea marcada pela difusão tecnológica da comunicação e do consumo sob a ótica da hipertecnologia como *campus*. Um ensaio sobre a aplicação da teoria bourdieusiana pela tecnologia pode ser encontrado em Freitas e Tavares Neto, os quais entendem que a epistemologia geral do mundo social apresentada por Bourdieu cabe ao mundo social constituído pelas relações no mundo digital por meio das TICs, especialmente, a internet<sup>16</sup>.

Neste contexto, o estudo realizado tem como questionamentos de pesquisa, a saber: estará a vulnerabilidade do consumidor exacerbada com o *homo consumens* inserido no *campus* de hipertecnologia, onde os seus próprios dados pessoais representa valiosa mercadoria? E, sendo assim, os direitos fundamentais estarão resguardados de modo a garantir a facticidade de ordenamento consumerista brasileiro num ambiente digital de consumo incontrolável e fluxo contínuo de informações ultrapassando fronteiras e relativizando soberania? Para tal, utilizou-se o método dedutivo partindo-se da premissa do *homo consumens* inserido no *campus* de hipertecnologia para analisar a questão específica de abrangência do fenômeno da vulnerabilidade diante da proteção jurídica do consumidor nacional, sob a ótica dos direitos fundamentais.

## 1 HOMO CONSUMENS

O consumo não é uma atividade recente na humanidade. A troca de produtos de certa forma fora introduzida nos hábitos humanos como satisfação de suas necessidades. E, nos dias atuais, não se pode negar que os mecanismos de comunicação global e de massa foram potencializados com o advento da internet. Assim, a sociedade de consumo coloca cada vez mais uma sombra sobre a relação entre lucro, ética e consumo consciente, onde o “consumidor é a eterna criança de peito berrando pela mamadeira”, na famosa frase do sociólogo Erich Fromm<sup>17</sup>, um dos criadores do termo *homo consumens*, em paralelo ao *homo sapiens*.

<sup>16</sup> FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra Freitas; TAVARES NETO, José Querino. A tecnologia como campo científico e dominação social sob a ótica de Pierre Bourdieu. In: TAVARES NETO, José Querino; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; COSTA, Andréa Abrahão (Org.). *Métodos de pesquisa aplicados ao Direito: um pressuposto epistemológico necessário*. 1. ed. Curitiba: CRV Ltda., v. 1, p. 8-36, 2017.

<sup>17</sup> FROMM, Erich. *Ter ou ser?* Trad. Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: LTC, 1987. p. 45.

O *homo consumens* acredita que, ao adquirir produtos e serviços chancelados por grandes empresas, marcas, enfim, pelo mercado de consumo, estará desenvolvendo sua singularidade ou personalidade diante do todo e de todos. Porém, há que se ponderar que as preferências e gostos não necessariamente são singulares, e, sim, estão preestabelecidos. Para Erich Fromm:

Em resumo, consumir é uma forma de ter, e talvez a mais importante da atual sociedade abastada industrial. Consumir apresenta qualidades ambíguas: alivia ansiedade, porque o que se tem não pode ser tirado; mas exige que se consuma cada vez mais, porque o consumo anterior logo perde a sua característica de satisfazer. Os consumidores modernos podem identificar-se pela fórmula: eu sou = o que tenho e o que consumo.<sup>18</sup>

Há que se refletir também sobre a outra parcela da sociedade que se encontra excluída do consumo, tanto de bens e serviços quanto do acesso à internet, estando a felicidade ou infelicidade no consumo a crédito, na emoção de olhar as vitrines ou naquilo que Braudrillard descreve em seu livro *La società dei consumi*, cuja capa demonstra a codificação em barra:

Como a sociedade da Idade Média estava equilibrada em Deus e o diabo, a nossa é baseada no consumo e na queixa. Mesmo em torno do diabo se poderia criar heresias e sete de magia negra. Na nossa a magia é branca: nenhuma heresia é possível na opulência. É a brancura profilática de uma sociedade saturada, de uma sociedade sem vertigens, sem história, sem qualquer outro mito além de si próprio.<sup>19</sup>

Trata-se de uma estrutura unidimensional trabalhada desde a década de 30 com os frankfurtianos, e somente se pode entender ao refletir a partir de

---

<sup>18</sup> Idem, p. 45.

<sup>19</sup> Texto original: “*Como la società del medioevo si reggeva in equilibrio su Dio e sul diavolo, così la nostra si regge sul consumo e sulla sua denuncia. Ancora attorno al diavolo potevano organizzarsi eresie e sette di magia nera. La nostra magia invece è bianca: nessuna eresia è possibile nell’opulenza. È la bianchezza profilattica di una società satura, di una società senza vertigini a senza storia, senza altro mito al difuori di se stessa*” (BAUDRILLARD, Jean. *La società dei consumi*. I suoi miti e le sue strutture. Italia: Il Mulino, 2010. p. 240).

Braudillard, que o “objeto não é nada e, por trás disso, está a agonia do vazio das relações humanas, o *design* quente da mobilização imanente das forças produtivas e sociais que vêm para reificar”<sup>20</sup>. Ludwig von Mises corrobora conceituando o consumidor soberano, ou seja, aquele que tudo determina:

No mercado de uma sociedade capitalista, o homem comum é o consumidor soberano, aquele que, ao comprar ou ao se abster de comprar, determina em última análise o que deve ser produzido e em que quantidade [...]. As grandes empresas servem sempre – direta ou indiretamente – às massas [...]. Os desfavorecidos que em todas as épocas precedentes da história formavam os bandos de escravos e servos, de indigentes e pedintes, transformaram-se no público comprador por cuja referência os homens de negócios lutam. Tornaram-se os clientes que estão “sempre com a razão”, os patrões que têm o poder de tornar ricos os fornecedores pobres, e pobres os fornecedores ricos.<sup>21</sup>

Como indicativo do consumo reproduzindo um paradoxo do *ter* do indivíduo inserido nas relações sociais e o *ser* criado em relações fluidas, no Brasil, por exemplo, apresenta-se a estreita relação entre pobreza (ausência de vida em consumo) e suicídio, na medida em que “municípios com maior percentual de pessoas em situação de pobreza apresentam números mais elevados de suicídios”<sup>22</sup>.

Não somente o indivíduo coloca-se em risco e vulnerabilidade, mas o próprio meio ambiente, fazendo-se de nossa *casa comum*<sup>23</sup> um local devastado

---

<sup>20</sup> Texto original: “[...] *l’oggetto é nulla, e che dietro di esso si aggroviglia il vuoto delle relazioni umane, il disegno a caldo dell’ imemensa mobilitazione delle forze produttive e sociali che vengono a reificarvisi*” (Ibidem, p. 240).

<sup>21</sup> MISES, Ludwig von. *A mentalidade anticapitalista*. Trad. Carlos Alberto dos Santos Abreu. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010. p. 13.

<sup>22</sup> FRAGA, Wagner Santana de; MASSUQUETI, Angélica; GODOY, Márcia Regina. Determinantes socioeconômicos do suicídio no Brasil e no Rio Grande do Sul. *XIX Encontro de Economia da Região Sul - Área 3: Economia Regional e Urbana*, 2016. p. 16. Disponível em: <[https://www.anpec.org.br/sul/2016/submissao/files\\_I/13-1e941ade6f1aa8ea2da3a6a517b515df.pdf](https://www.anpec.org.br/sul/2016/submissao/files_I/13-1e941ade6f1aa8ea2da3a6a517b515df.pdf)>. Acesso em: 19 set. 2017.

<sup>23</sup> IGREJA CATÓLICA. Papa (2015-: Francisco). *Carta Encíclica Laudato Si*. 2015. Disponível em: <[http://www.connect4climate.org/images/uploads/papa-francesco\\_20150524\\_enciclica-laudato-Portugues.pdf](http://www.connect4climate.org/images/uploads/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-Portugues.pdf)>. Acesso em: 19 set. 2017.

pelo consumo exagerado e exploratório de recursos naturais, afora o fato de a economia globalizada abrigar um campo no qual “o interesse na produção de bens é sobrelevado pelo mercado financeiro, propiciando o empobrecimento da maioria e a fragmentação das instituições políticas”<sup>24</sup>. Evans preconiza que:

À medida que a população do planeta continua a crescer, o mais importante é que as pessoas se tornem administradores da terra e de seus recursos. Além disso, as pessoas desejam viver vidas saudáveis, gratificantes e confortáveis para si próprios, suas famílias e aqueles com quem se preocupam.<sup>25</sup>

É o que se deseja e espera de um mundo socialmente e ambientalmente saudável, seguro, ético e, por fim, bom para se viver. Porém, o contexto em que vive o *homo consumens* pode ser agravado diante das tecnologias de informação e comunicação.

As sociedades são múltiplas: consumo, tecnológica, informação, informacional, risco e sustentável; somente para citar algumas. Tais sociedades usufruem vantagens advindas das TICs, mas necessitam enfrentar uma gama de problemas.

Essas sociedades apresentam preocupações no que diz respeito à segurança e privacidade das pessoas, dos dados pessoais e não pessoais (sensíveis ou não), assumem a sensação de vulnerabilidade dos consumidores, usuários e cidadãos que navegam na internet fazendo compras, pagando contas e estabelecendo relacionamentos, ofertam serviços *online* e coletam volumes de dados nunca antes possíveis ou processáveis sem as TICs; estabelecem o meio ambiente digital e desafiam-se diante dos riscos do uso não responsável das TICs e da premência de sustentabilidade de um modelo econômico que seja ao mesmo tempo funcional e socioambiental. Tecnologias como a computação em nuvem, aplicativos para celulares e *smartphones*, comunicação instantânea (SMS – *short message service*, WhatsApp, entre outros) e redes sociais fazem parte do dia a dia do *homo consumens*.

---

<sup>24</sup> EFING, Antonio Carlos; SERRAGLIO, Diogo Andreola. O direito do consumo voltado à sustentabilidade: uma análise a partir da carta encíclica *Laudato Si* sobre o cuidado da casa comum. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 220-249, jan./jul. 2016, p. 233.

<sup>25</sup> EVANS, Dave. *A internet das coisas: como a próxima evolução da internet está mudando tudo*. IBSG, Cisco, 2011. p. 7.

## 2 CAMPUS HIPERTECNOLÓGICO E TEORIA BOURDIEUSIANA

Ao se considerar o método como um referencial teórico e forma de compreensão da realidade, logo um pressuposto de análise<sup>26-27-28</sup>, epistemologicamente, a teoria de Bourdieu, fundada em categorias marxistas, como a análise objetiva dos fatos sociais, e no método supra-histórico weberiano, fornece elementos necessários para auxiliar na compreensão das possibilidades de construção de um entendimento da realidade social das tecnologias de informação e comunicação.

A aplicação da teoria bourdieusiana enquanto método comprova-se também pelas incursões do autor em diferentes temáticas, como a arte, a cultura e a educação<sup>29</sup>, as relações sociais de dominação, como a masculina<sup>30</sup>, o poder<sup>31</sup> em suas mais distintas perspectivas, entre outros temas.

Tavares Neto e Mezzaroba<sup>32</sup> discutem três elementos importantes quando o tema é tecnologia, a saber: cientificidade, neutralidade e fluidez. Esses elementos são presentes na sociedade tecnológica e, principalmente, no mundo digital, visto que as TICs, em sentido amplo, são o resultado de um conjunto de procedimentos sistemáticos e reacionais, os quais são adotados em modo de retroalimentação para o desenvolvimento de novas tecnologias. Há a formação de um ciclo inventivo de cientificidade tecnológico. Assim, a cientificidade é qualidade de ciência, que qualifica o processo ou método como científico. A neutralidade é a capacidade de fazer ciência de modo neutro, sem pretender dominar ou ser dominado. E a fluidez é a característica de permear espaços. Acredita-se que a internet agrega em si, como corpo e objeto de estudo, esses três elementos. De tão fluida que são as TICs, elas se tornaram pervasivas.

Na epistemologia de Bourdieu, são apresentadas algumas categorias centrais a fim de nortear sua interpretação da realidade social, quais sejam:

---

<sup>26</sup> ARAUJO, Regina Borges. Computação ubíqua: princípios, tecnologias e desafios. In: *Anais do XXI Simpósio Brasileiro de Redes de Computadores*, Natal, RN, 2003.

<sup>27</sup> WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1991.

<sup>28</sup> MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

<sup>29</sup> BOURDIEU, Pierre. *Questões de sociologia*. Lisboa: Fim de Século, 2003.

<sup>30</sup> BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

<sup>31</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

<sup>32</sup> TAVARES NETO, José Querino; MEZZARROBA, Orides. O método enquanto pressuposto de pesquisa para o Direito: a contribuição de Pierre Bourdieu. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 15, n. 6, p. 116-132, set./dez. 2016, p. 118.



*ortodoxia, heterodoxia*, campo, *habitus*, *doxa* e violência simbólica; existe ainda um conceito basilar, que é a homologia. Homologia na linguagem bourdieusiana refere-se aos processos de estruturação objetiva comuns aos mais diversos campos sociais, ou seja, a possibilidade de observação pela equiparação entre suas formas de funcionamento sem a destruição de suas relativas autonomias no interior do campo social, como o campo do direito, do jornalismo, da Ciência Política, da biologia, da matemática. O presente artigo inclui, por meio da homologia, a análise das hipertecnologias como *campus*, o qual é estruturado pelas posições sociais derivadas de leis e regras próprias, ou seja, estrutura de relações objetivas derivadas do poder simbólico invisível e proveniente da cumplicidade entre os que o exercem e os que a ele se submetem. Para Pierre Bourdieu:

O campo de discussão que a *ortodoxia* e a *heterodoxia* desenham, através de suas lutas, se recorta sobre o fundo do campo da *doxa*, conjunto de pressupostos que os antagonistas admitem como sendo evidentes, aquém de qualquer discussão, porque constituem a condição tácita da discussão: a censura que a ortodoxia exerce – e que a heterodoxia denuncia – esconde uma censura ao mesmo tempo mais radical e invisível porque constitutiva do próprio funcionamento do campo, que se refere ao conjunto do que é admitido pelo simples fato de pertencer ao campo, o conjunto do que é colocado fora da discussão pelo fato de aceitar o que está em jogo na discussão, isto é, o consenso sobre os objetos da dissensão, os interesses comuns que estão na base dos conflitos de interesse, todo o não-discutido, o não-pensado, tacitamente mantidos fora dos *limites* da luta.<sup>33</sup>

No *campus* de hipertecnologia, existem métodos e técnicas que aglutinam as preferências dos consumidores, reúnem um excesso de informações em prol do mercado, previsionam escolhas de consumidores e as direcionam em escala global, impessoal e digital. A liberdade do consumidor vem delimitada entre

---

<sup>33</sup> BOURDIEU, Pierre. *O campo científico*. Trad. Paula Montero, 1994, p. 25. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/38608001/O-Campo-Cientifico-Pierre-Bourdieu>>. Acesso em: 19 set. 2017. Reproduzido de: *Le champ scientifique. Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n. 2/3, p. 88-104, jun. 1976.

escolhas por vezes duais de marcas universais de produtos que se fizeram essenciais para que o consumidor possa se sentir *homo consumens* inserido no ambiente social de tecnologia e consumo. Vive-se a realidade da personalização do consumidor.

A internet, de acordo com Willian Drake<sup>34</sup> *et al.*, possui características que fornecem um cenário composto pelas noções de alcance global com integridade e acessibilidade universal, possibilitando inovação sem permissão. Assim, as TICs favorecem a aplicação de sistemas de informação dispersos e heterogêneos, que estão sendo projetados de forma independente por diferentes empresas, a fim de aperfeiçoar individualmente a informação desejada por cada um dos usuários a partir de implementação de processos específicos com base no conjunto de dados de cada usuário. Entendendo-se conjunto de dados tudo aquilo que os sistemas possam capturar sobre um determinado usuário, seus amigos, preferências, buscas, lugares, entre outros.

Isto é possível, uma vez que a característica de alcance global com integridade possibilita que a informação seja recebida em qualquer ponto de conexão à internet, ou seja, onde quer que o interessado se conecte à internet tanto para acesso quanto para alimentar com dados os sistemas e aplicativos utilizados. Eis o alcance global com integridade e acessibilidade universal na ponta dos dedos dos usuários da internet.

Todas essas facilidades vêm permitindo inovação sem permissão, por meio da qual qualquer pessoa ou organização pode criar um novo serviço e disponibilizá-lo na internet, sem necessidade de permissão especial. Willian Drake<sup>35</sup> *et al.* questionam: “[...] considere o Facebook – se houvesse uma placa de aprovação de negócios para novos serviços de internet, teria sido possível avaliar corretamente o potencial do Facebook e o Facebook seria aprovado para uso?”. Esse simples questionamento faz com que os autores estabelecem uma reflexão da internet, desde seus aspectos tecnológicos até uma aplicação como o comércio eletrônico, sem esquecer os aspectos de governança seja ela eletrônica ou não. Para Drake *et al.*, foi por meio do comércio eletrônico que a internet instituiu a formação de um espaço cibernético empresarial transnacional<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> DRAKE, William J.; CERF, Vinton G.; KLEINWÄCHTER, Wolfgang. *Internet fragmentation: an overview*. World Economic Forum, Committed to Improving the State of the World, 2016.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 11.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 39.

A internet também possibilita e, ao mesmo tempo, exige requisitos de localização de dados<sup>37</sup>. Tudo que o usuário faz está diretamente associado ao local, ou seja, onde aquela imagem foi capturada ou onde um determinado usuário fez uma consulta sobre um determinado produto, se em casa, no trabalho ou na rua. Para Drake *et al.*, a localização de dados é uma construção multidimensional, de modo que possam ser estudadas leis que limitam o armazenamento, o movimento e/ou o processamento de dados, sem deixar de levar em consideração o país da empresa de incorporação ou dos principais *sites* de operações e gestão dos dados e informações<sup>38</sup>.

Em se tratando de personalização, Kalakota e Robinson explicam que a personalização da informação sobre clientes, também entendidos como usuários de internet, “somente é possível devido à convergência do comércio eletrônico e do gerenciamento da relação em tempo real”<sup>39</sup>. Pode-se ampliar essa constatação para a convergência dos serviços e aplicativos *on-line* e do gerenciamento da relação entre o internauta e o provedor de aplicação. O *site* bizcommerce apresenta que, em termos de comércio eletrônico, “83% dos carrinhos de compras são abandonados”<sup>40</sup>, fato que caracteriza a chamada “síndrome do carrinho abandonado”<sup>41</sup>. Preocupação que faz a personalização ser ainda mais almejada e tem o potencial para alavancar a vulnerabilidade do consumidor.

A hipertecnologia, a partir da definição de Kreuger e Stretch, já mencionada anteriormente, configura-se em um *campus* em que o ser e o ter fundem-se, de modo que tal “não implica necessariamente a repetição hedonista de si mesmo”, tal como explana Roberta Sassatelli ao prefaciá-la obra em italiano de Jean

---

<sup>37</sup> Ibid., p. 41.

<sup>38</sup> Ibid., p. 41.

<sup>39</sup> KALAKOTA, Ravi; ROBINSON, Marcia. *E-business: estratégias para alcançar o sucesso no mundo digital*. Trad. Carlos Alberto Picanço de Carvalho. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2002. p. 336.

<sup>40</sup> BIZCOMMERCE. 83% dos carrinhos de compras são abandonados. Como resolver isso e fazer a sua loja virtual vender mais? 2015. Disponível em: <<https://www.bizcommerce.com.br/83-dos-carrinhos-de-compras-sao-abandonados-como-resolver-isso-e-fazer-a-sua-loja-virtual-vender-mais/>>. Acesso em: 19 set. 2017, p. 1.

<sup>41</sup> OLIVEIRA, Roberto de Jesus. Evite a “síndrome do carrinho de compra abandonado”. 2011. Disponível em: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/evite-a-sindrome-do-carrinho-de-compra-abandonado%E2%80%9D/>>. Acesso em: 19 set. 2017, p. 1.

Baudrillard, *La società dei consumi – I suoi miti e le sue strutture*<sup>42</sup>, sendo ressaltado que, “mais do que consumidores, estamos sempre inseridos em uma série de relações e identidades sociais (classe, gênero, raça etc.) que filtram nossas ações de consumo”<sup>43</sup>.

As relações contratuais são estruturadas em vínculos impessoais e tácitos entre consumidores, guiados pelo sonho do luxo alegórico por meio de preços estratosféricos, sendo a utilidade-fim do objeto desejado o que menos importa. As TICs permitem que o consumidor saia do seu jardim para a praça global, na qual o mundo é logo ali; os espaços privados e públicos se confundem, bastando para isso o acesso digital, ou, mais recentemente, uma quantia em moeda mesmo que digital, para se ter a infinidade mercadológica à disposição.

Eis o confronto entre o global e o local, evidente no paradigma SOLOMO<sup>44</sup> (*S*ocial + *L*ocal + *M*obile), que associa o social com a localização por meio da mobilidade, de modo a representar a tendência baseada na localização corrente dos usuários de internet, projetada para ser compartilhada por meio das redes sociais.

Assim, em Bourdieu<sup>45</sup>, nesse campo social, os grupos de *status* agem de maneira estrutural de modo a impor “aos que neles desejam participar, além dos modelos de comportamento, modelos da modalidade dos comportamentos, ou seja, regras convencionais que definem a maneira de executar os modelos”.

Nesse campo de hipertecnologia, potencializou-se a lógica de consumo como requisito do indivíduo de se conectar e integrar às sociedades (consumo, tecnológica, informacional, entre outras), por meio de contratos impessoais reduzidos a termos de uso, políticas de privacidade e padrões da comunidade. Tais contratos são aceitos por *cliques* em páginas *web* sem que sejam lidos efetivamente.

---

<sup>42</sup> Texto original: “Il consumo non implica necessariamente il ripiegamento edonistico su se stessi” (BAUDRILLARD, Jean. *La società dei consumi*. I suoi miti e le sue strutture. Italia: Il Mulino, 2010. p. XIV).

<sup>43</sup> Texto original: “Siamo sempre situati in una serie di relazioni e identità sociali (di classe, genere, razza, ecc) che filtrano le nostre azioni di consumo” (Idem, p. XIII).

<sup>44</sup> KNOX, Casey. A strategic approach to social media intelligence. 2012. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/casemaeknox/social-media-intelligence-25776624>>. Acesso em: 19 set. 2017, p. 01.

<sup>45</sup> BOURDIEU, Pierre. *Economia das trocas simbólicas*. Trad. Sérgio Miceli, Silva de Almeida Prado, Sonia Miceli e Wilson Campos Vieira. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 17.

Em agosto de 2013, um levantamento realizado pela Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo mapeou os hábitos de 1000 usuários de internet nos principais pontos de fluxo da cidade de São Paulo. Nesse levantamento, constatou-se que “60% dos internautas paulistanos não leem os termos de uso de redes sociais, como Facebook e Twitter, antes de se cadastrar”<sup>46</sup>. Os dados mostram ainda que “50,2% dos entrevistados afirmaram que as empresas não podem compartilhar seus dados com outras pessoas ou empresas sem sua expressa autorização”<sup>47</sup>. Sim, as empresas compartilham dados pessoais e a permissão foi dada pelo próprio usuário ao concordar, sem uma leitura prévia, com os termos de uso e as políticas de privacidade dos serviços *online*. Eis uma situação fática em que a vulnerabilidade do *homo consumens* está exposta, talvez aumentada.

### 3 VULNERABILIDADE E CONSUMO: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Considerando o *campus* da hipertecnologia, soma-se a esse cenário o fato de os grandes conglomerados empresariais (e dos cem maiores apenas dois são brasileiros<sup>48</sup>) atuarem potencializando a vulnerabilidade do consumidor e a facticidade frente ao ordenamento consumerista brasileiro, de modo a ter como missão abrigar essas relações e garantir o resguardo de direitos.

São os efeitos do mundo metamorfoseando, no conceito de Ulrich Beck, lançado em sua obra póstuma *A metamorfose do mundo – Novos conceitos para uma nova realidade*<sup>49</sup>. Para ele, sua teoria da metamorfose do mundo “surge de sua conexão com as teorias da sociedade de risco mundial, cosmopolização e individualização – em outras palavras, modernização reflexiva e segunda modernidade”<sup>50</sup>, mas o autor e sua mundialmente conhecida teoria do risco vem

<sup>46</sup> FECOMERCIOSP. Comportamento do usuário paulistano na internet. 2013. Disponível em: <<http://www.fecomercio.com.br/noticia/pesquisa-fecomercio-detalha-o-comportamento-do-usuario-paulistano-na-internet>>. Acesso em: 20 set. 2017, p. 1.

<sup>47</sup> Idem, p. 01.

<sup>48</sup> Ver: *Ranking* do sitio eletrônico: *2017 Global 100 Issue*: onde se apontam os 100 maiores conglomerados. Disponível em: <<http://www.corporateknights.com/magazines/2017-global-100-issue/2017-global-100-results-14846083/>>. Acesso em: 19 set. 2017.

<sup>49</sup> Ver: BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo*. Novos conceitos para novas realidades. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 36.

alertar que não pode a metamorfose significar uma visão catastrófica do mundo, aos pessimistas, ou, de outro lado, não se interpreta como a salvação do mundo. “A negação do mundo não implica otimismo”<sup>51</sup> e justamente por o que “era impensável ontem é possível hoje em razão da metamorfose do mundo”<sup>52</sup>.

Falarmos de vulnerabilidade nas relações de consumo implica saber do que se trata essa realidade. Ao pensarmos a incidência normativa sobre a realidade, é dessa realidade em metamorfose de que estamos falando. O art. 5º, XXII, da Constituição Federal expõe que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”<sup>53</sup>.

Assim, essa relação de consumo, exposta há quase trinta anos, como direito fundamental, prevista no Código de Defesa do Consumidor em forma de Política Nacional das Relações de Consumo (PNRC), programa que tais políticas públicas sejam implementadas e a facticidade do ordenamento não fosse resumida, nos dizeres de Cláudia Lima Marques, a uma bela lei (*law in the books*)<sup>54</sup>.

Trata-se de garantias individuais alçadas a cláusulas pétreas.

Políticas públicas implicam escolhas, em cenário de escassez de recursos, num *campus* de dominação (como já vimos em Bourdieu e como anteriormente já expôs Max Weber). Essa atuação, sobretudo não governamental, vem abarcada por uma fundamental conscientização dos direitos aos consumidores, em desafiador ambiente de infinidade de produtos e serviços ofertados, incluindo-se aqui o *e-commerce*, traduzindo a importância cada vez mais presente da efetiva tutela do direito fundamental de proteção, do direito à informação frente à vulnerabilidade presente na relação de consumo.

Nesta seara, se o direito privado, ao ser aplicado, for ainda tratado como regulações de campos meramente privados das relações sociais, ignorando todo o contexto global da vulnerabilidade consumerista, de nada adiantaria, em face

---

<sup>51</sup> Ibid., p. 31.

<sup>52</sup> Ibid., p. 31.

<sup>53</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 19 set. 2017.

<sup>54</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Sergipe – Esmese*, n. 07, p. 15-54, 2004.

do contexto da facticidade a que este artigo se refere, pensar em concretizar o direito à informação como fruto da proteção do consumidor.

A Política Nacional das Relações de Consumo exposta no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor<sup>55</sup> trata como um dos objetivos a transparência e a harmonia das relações de consumo, atendendo ao princípio, entre outros, do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Traz ainda, como norma de ordem pública, a necessária compatibilidade entre os interesses dos participantes das relações de consumo e a proteção do consumidor com a necessidade do desenvolvimento econômico e tecnológico, ante os princípios que se fundam na ordem econômica (art. 4º, III). Ademais, no inciso IV, com vista à melhoria do mercado de consumo, traz a lei consumerista como princípio a “educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres”.

Assim, não restam dúvidas no plano jurídico quanto ao reconhecimento desta vulnerabilidade, em relação ao direito à informação devida nessas relações. Ante um cenário de desenvolvimento tecnológico, em que a boa-fé, a qual consta do art. 422 do Código Civil<sup>56</sup>, deve se fazer presente nas relações de consumo, sendo este o caminho para a implementação do Direito Fundamental previsto na Carta Magna de 1988.

Mas, como já ressaltado anteriormente, para que não haja apenas letras mortas em páginas de livros, faz-se necessário que políticas públicas e organizações sociais caminhem juntas neste sentido.

O que dizer do Projeto de Lei nº 34/2015<sup>57</sup>, já aprovado na Câmara Legislativa e, desde o dia 19.09.2018, já aprovado também na Comissão de Agricultura e Reforma Agrária do Senado, que tem como objetivo retirar o símbolo *T* de produtos que contenham transgênicos em sua composição?

---

<sup>55</sup> BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 19 set. 2017.

<sup>56</sup> BRASIL. Código Civil. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 19 set. 2017.

<sup>57</sup> Altera a Lei de Biossegurança para liberar os produtores de alimentos de informar ao consumidor sobre a presença de componentes transgênicos quando esta se der em porcentagem inferior a 1% da composição total do produto alimentício. (BRASIL. Projeto de Lei nº 34/2005. 2005. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120996>>. Acesso em: 19 set. 2017)

Tal afronta ao direito à informação, neste caso emblemático e atual, caminha contra todo e qualquer parâmetro democrático de ofertar ao consumidor o direito de escolher aquilo que irá consumir. Não parece haver dúvidas de que esse caso se trata de uma manipulação mercadológica de setores específicos junto ao Poder Legislativo Federal, em total afronta ao ordenamento jurídico.

No caminho da organização não governamental como apoio de implementação do direito fundamental à proteção do consumidor, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor apresenta, atualmente, manifesto público na internet contra tal afronta legislativa ora em curso<sup>58</sup>. Interessante destacar que, em consulta pública no sítio e-cidadania<sup>59</sup>, a população já deixou registrado que é contrária ao referido projeto de lei, tendo 15.146 votos contrários e, somente, 875 votos que apoiam a proposição.

Em sociedade de hipertecnologia, com alta complexidade como a contemporânea, projetos de lei como este fazem entender que o Direito padece de confiança.

Em recente estudo, publicado no dia 16.09.2017, a revista americana *The New York Times* denuncia como as grandes multinacionais da indústria de alimentos, chamadas pejorativamente de *junk food* (ou *comida lixo* – tradução literal), compensam sua queda de faturamento no consumo em países desenvolvidos, atingindo grandes bolsões de pobres nos países em desenvolvimento, especificamente no Brasil, local em que o estudo foi realizado<sup>60</sup>.

Alimentos de baixo custo, altamente calóricos e baixos em nutrientes são oferecidos da mesma forma em outras regiões da América Latina, África e Ásia, “comercializando seus produtos tão ostensivamente que chegam a transformar os hábitos alimentares tradicionais do Brasil, Gana e Índia”<sup>61</sup>. Este estudo aponta para uma constatação que vai da influência política ao aspecto da vulnerabilidade dos consumidores locais, a ponto de se alterar a própria

<sup>58</sup> Disponível em: <<https://idec.org.br/fim-da-rotulagem-dos-alimentos-transgenicos-diga-no>>. Acesso em: 19 set. 2017.

<sup>59</sup> Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=120996>>. Acesso em: 19 set. 2017.

<sup>60</sup> JACKOBS, Andrew; RITCHTEL, MATT. *How Big Business Got Brazil Hooked on Junk Food*. The New York Times, set., 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/interactive/2017/09/16/health/brazil-obesity-nestle.html?action=click&contentCollection=Health&module=Translations&region=Header&version=en-US&ref=pt-BR&pgtype=article>>. Acesso em: 19 set. 2017.

<sup>61</sup> Idem, p. 1.



cultura alimentar, na medida em que tais empresas multinacionais passam, com sua influência política, decorrente obviamente do poderio econômico, a tentar impedir que autoridades em saúde pública consigam taxar refrigerantes ou criar leis restringindo impacto de alimentos processados na saúde dessa população atingida, a ponto de termos no Brasil, atualmente, mais obesos adultos que de baixo peso, nos termos registrados neste citado estudo divulgado pelo jornal norte-americano.

Novamente, no aspecto vulnerabilidade, temos o próprio Direito como área de insegurança, vez que o Estado, detentor da política, não coordena ou direciona em vários aspectos o poder do mercado.

Ao mencionar sobre o projeto de atualização do Código de Defesa do Consumidor, representados pelos projetos de Leis Complementares n<sup>os</sup> 281<sup>62</sup> e 283<sup>63</sup>, que tramitam desde 2012 no Congresso, Bruno Miragem, da UFRGS, aponta que se trata de “uma lei da cidadania, que protege o homem comum em um dos momentos básicos da vida contemporânea, que é a realização de sua necessidade de consumir em uma sociedade de consumo”<sup>64</sup>.

Na esteira do que se aponta neste artigo, pondera-se que o CDC é de 1990, quando não se cogitava das formas de relações sociais vividas atualmente; tanto que são concentrados nesses projetos importantes pontos de atualização nas relações ocorridas na internet e a necessária atualização jurídica no que diz respeito à proteção do consumidor. Eis o *campus* de hipertecnologia influenciando o Direito, sua linguagem e seu *habitus*.

No que pertine ao Projeto de Lei n<sup>o</sup> 281/2012, tem como finalidade<sup>65</sup>:

[...] fortalecer a sua confiança e assegurar tutela efetiva, preservar a segurança nas transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais;

---

<sup>62</sup> Altera a Lei n<sup>o</sup> 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico.

<sup>63</sup> Altera a Lei n<sup>o</sup> 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção do superendividamento.

<sup>64</sup> MIRAGEM, Bruno. Sobre a necessária aprovação imediata dos projetos de atualização do Código de Defesa do Consumidor (PLs 281 e 283 do Senado Federal). 2017. Disponível em: <<http://www.brasilcon.org.br/artigos/sobre-a-necessaria-aprovacao-imediata-dos-projetos-de-atualizacao-do-codigo-de-defesa-do-consumidor-pls-281-e-283-do-senado-federal>>. Acesso em: 19 set. 2017, p. 1.

<sup>65</sup> BRASIL. Projeto de Lei do Senado n<sup>o</sup> 281. 2012. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768>>. Acesso em: 19 set. 2017, p. 1.

as normas aplicam-se às atividades desenvolvidas pelos fornecedores de produtos ou serviços por meio eletrônico ou similar; estabelece que o consumidor pode desistir da contratação a distância, no prazo de sete dias a contar da aceitação da oferta ou do recebimento ou disponibilidade do produto ou serviço; dispõe que caso o consumidor exerça o direito de arrependimento, os contratos acessórios de crédito são automaticamente rescindidos, sem qualquer custo para o consumidor; tipifica como infração penal o ato de veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem a expressa autorização de seu titular e consentimento informado, salvo exceções legais.

Já o Projeto de Lei nº 283/2012 trata do fenômeno do superendividamento, algo inerente à sociedade do mito do consumo, visando tal projeto reger a própria definição do superendividamento, assim como trazer um aperfeiçoamento da “disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa física”<sup>66</sup>, como meio a garantir o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, direito básico do consumidor e garantia de práticas de crédito responsável. Isso vai ao encontro do fato de a própria Constituição Federal, ao tratar da ordem econômica, em seu art. 170, trazer como princípio, em seu inciso V, a defesa do consumidor<sup>67</sup>.

Em termo de instrumento normativo, agora já dotado de vigência, fundamental se referir à Lei de Proteção de Dados, aprovada recentemente (13.709, de 14.08.2018), que veio alterar o chamado Marco Civil na internet e dispor sobre o tratamento de dados pessoais, tanto de pessoas naturais quanto de pessoas jurídicas de direito privado ou público, com “objetivo de proteger os

---

<sup>66</sup> BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 283. 2012. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106773>>. Acesso em: 19 set. 2017, p. 1.

<sup>67</sup> BRASIL. Constituição Federal. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 19 set. 2017, p. 1.

direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”<sup>68</sup>.

Em campo de vulnerabilidade algorítmica, a defesa do consumidor se incluiu entre as tutelas de proteção dessa norma, assim como a própria intimidade e a privacidade dos dados pessoais, os quais somente poderão ser coletados e tratados com consentimento do titular. Essencial, pois, que a proteção de dados fosse enfim regulamentada, de modo que, no art. 7º da referida lei, se estabelece em quais hipóteses se torna possível realizar o tratamento de dados pessoais, inclusive com ressalvas sobre o vício de consentimento. Em era hipertecnológica e de consumo digital, dados pessoais tornaram-se importante mercadoria.

Empresas do ramo digital foram alvos de investigações sobre vazamento de dados, como a Uber, que, em 2018, firmou termo de ajustamento de conduta como Ministério Público do Distrito Federal, após ter-se descoberto vazamento de dados de 196 mil usuários brasileiros<sup>69</sup>.

Enquanto políticas públicas, foram criadas as figuras da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, aquele como órgão da administração direta federal vinculada à Presidência da República e esta integrada por 23 (vinte e três) representantes de diferentes poderes<sup>70</sup>.

Fica claro, pois, que o ordenamento jurídico, para sua facticidade, depende de forças na sociedade civil organizada, articuladas em impor barreiras a um mercado de massa fruto de revoluções tecnológicas iniciadas lá com a criação da máquina a vapor, no final do século XVII, passando pelo desenvolvimento da eletricidade, desembocando com a rede de informações advindas com as novas tecnologias de informação e comunicação<sup>71</sup> e os discutidos contratos de adesão.

<sup>68</sup> BRASIL. Lei nº 13.709/2018, de 14.08.2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm)>.

<sup>69</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL. Uber termina de notificar usuários brasileiros afetados por vazamentos de dados. Disponível em: <<http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2018/10012-uber-termina-de-notificar-usuarios-brasileiros-afetados-por-vazamento-de-dados>>. Acesso em: 8 maio 2019.

<sup>70</sup> Vide arts. 55-A e seguintes da Lei nº 13.709/2018.

<sup>71</sup> CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venancio Majer. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor surge como norma de ordem pública, diante da “necessidade constitucional de equilíbrio da ordem econômica e proteção ao consumidor”<sup>72</sup> a ser levada, também, ao campo da supraindividualidade, já que as próprias relações sociais baseiam-se neste misto de sociedade de consumo e de hipertecnologia, alterando culturas, influenciando até mesmo na saúde de toda uma coletividade indeterminável de seres consumidores em potencial.

Neste ponto, um óbice foi verificado na própria autonomia do direito do consumidor, conforme Antônio Herman V. Benjamin, um dos redatores do atual Código de Defesa do Consumidor, ao afirmar que:

Outro óbice aparente para autonomia do Direito do Consumidor é a supraindividualidade ou metaindividualidade do interesse do sujeito ativo da relação de consumo: afinal, “somos todos consumidores”, nos termos da célebre frase do Presidente John Kennedy.<sup>73</sup>

Assim, a força exercida pelo mercado encontra na ordem jurídica e sua tutela de direito fundamental a necessária contraposição de proteção do consumidor. Frear o mercado detentor do poder, de modo a aliar desenvolvimento, ordem econômica e proteção do consumidor, numa hercúlea tarefa, a de fazer letra viva tal direito, num viés relacionado ao grau de liberdade qualitativa dos indivíduos integrantes de uma sociedade, no que se enfrenta, no Brasil, um problema, na medida em que se está em níveis baixos de desenvolvimento humano, com cerca de 20% da população integrando estatísticas de analfabetismo funcional<sup>74</sup>.

A tutela deste direito fundamental é fadada a ser objeto de eterna vigilância por órgãos correlatos da sociedade organizada, pelos legisladores e, sobretudo, pelos operadores do Direito, ante práticas condicionantes de escolhas feitas sob o mito do consumo dessa sociedade contemporânea que se formou pelo consumo e para o consumo inserida em um *campus* de

<sup>72</sup> GIBRAN, Fernanda Mara. Direito fundamental à informação adequada na sociedade de consumo como instrumento para o desenvolvimento socioambiental. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUCPR, 2012. p. 34.

<sup>73</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V. O direito do consumidor. 2017. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1277313638.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1277313638.pdf)>. Acesso em: 19 set. 2017.

<sup>74</sup> Disponível em: <<https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?t=taxa-analfabetismo&vcodigo=PD384>>. Acesso em: 19 set. 2017.

hipertecnologia, sob a égide da vulnerabilidade e traduzida por relações de consumo que são verdadeiras “técnicas utilizadas para fomentar a necessidade dos consumidores, expondo a coletividade a uma série de informações e ofertas de modo massificado”<sup>75</sup>.

## CONCLUSÃO

Inicialmente, esta quadra histórica permite apontar que a identidade cultural do *homo consumens* está moldada por um mercado independente de fronteiras, cujo desenvolvimento tecnológico modificou as formas de relacionamento humano, tornando a liquidez dessas relações efêmeras baseadas no aparente caminho único do consumo como fim último.

Essa era do consumo, aliada à era das tecnologias de informação e comunicação (TICs), faz refletir sobre a vulnerabilidade do consumidor como ponto marcante das teias de relações sociais. Um produto oferecido pela rede mundial é passível de ser consumido em qualquer outro ponto do planeta, sem que as jurisdições dos Estados nacionais sejam, num primeiro momento, um ente importante nessa relação. Nisso reside um desafio ao Direito.

A tutela do direito fundamental, explanada na Constituição Federal, sobre a proteção do consumidor, entre os direitos e garantias individuais, vem reiterada quando a Carta Maior passa a regradar princípios da ordem econômica, deixando clara a conexão entre ordem econômica e proteção das relações de consumo. Mas a facticidade do Direito carece de atualização.

A hipertecnologia, que transformou o modo de viver do *homo sapiens* em cultura de *homo consumens*, num enxame inquieto em que o mito do consumo dita regras e mostra-se capaz de alterar mesmo a saúde pública de determinado *locus* populacional, requer formas atuais e específicas de regramento jurídico, como atualmente se mostra a lei geral de proteção de dados, referida anteriormente.

E assim se deve prosseguir o ordenamento consumerista, acompanhando o mundo em metamorfose, numa interação de *habitus* e *campus*, das estruturas

---

<sup>75</sup> EFING, Antonio Carlos; BAUER, Fernanda Mara Gibran; ALEXANDRE, Camila Linderberg. Os deveres anexos da boa-fé e a prática do neuromarketing nas relações de consumo: análise jurídica embasada em direitos fundamentais. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, a. 11, n. 15, p. 38-53, jan./dez 2013, p. 40.

estruturantes citadas por Bourdieu, sob pena de se ver o ruir de consumidores cada vez mais vulneráveis ao poder do mercado.

Tem-se, portanto, de um lado a proteção fundamental de proteção em face da vulnerabilidade comprovadamente presente nas relações de consumo, e, de outro, instrumentos algorítmicos de indução de consumo, ou sob risco de compartilhamento de dados pessoais, num espaço onde o Estado, cada vez mais relativizado em seu conceito de soberania, representa o mero detentor de rumos de políticas subjugadas ao poder do mercado econômico e financeiro global cada vez mais volatilizado, fluido e inserido em campos digitais de interesses e análises sobre custos de transação, onde o indivíduo, assim retratado por Baudrillard, na obra aqui já citada, é um ser precificado, codificado em barras.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Regina Borges. Computação ubíqua: princípios, tecnologias e desafios. In: *Anais do XXI Simpósio Brasileiro de Redes de Computadores*, Natal, RN, 2003.

BAUDRILLARD, Jean. *La società dei consumi. I suoi miti e le sue strutture*. Italia: Il Mulino, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Homo consumens – Lo sciame inquieto dei consumatori e la miseria degli esclusi*. Trad. M. De Carneri, P. Boccagni. Trento: Edizioni Centro Studi Erickson, 2007.

\_\_\_\_\_; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo*. Novos conceitos para novas realidades. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BENJAMIN, Antonio Herman V. O direito do consumidor. Disponível em: [http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1277313638.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1277313638.pdf). Acesso em: 26 set. 2017.

BIZCOMMERCE. 83% dos carrinhos de compras são abandonados. Como resolver isso e fazer a sua loja virtual vender mais? 2015. Disponível em: <https://www.bizcommerce.com.br/83-dos-carrinhos-de-compras-sao-abandonados-como-resolver-isso-e-fazer-a-sua-loja-virtual-vender-mais/>. Acesso em: 19 set. 2017.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

\_\_\_\_\_. *Economia das trocas simbólicas*. Trad. Sérgio Miceli, Silva de Almeida Prado, Sonia Miceli e Wilson Campos Vieira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

\_\_\_\_\_. O campo econômico. Artigo publicado na Revista *Actes de la Recherche em Sciences Sociales*, n. 119, p. 48-66, set. 1997. Trad. Suzana Cardoso e Cécile Raud-Mattedi. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/1930/1697>>. Acesso em: 19 set. 2017.

\_\_\_\_\_. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

\_\_\_\_\_. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

\_\_\_\_\_. *Questões de sociologia*. Lisboa: Fim de Século, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 19 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 22 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768>>. Acesso em: 26 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2012. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106773>>. Acesso em: 26 set. 2017.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 7. ed. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

CAVEDON, Ricardo; FERREIRA, Heline Sivini; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. O meio ambiente digital sob a ótica da teoria da sociedade de risco: os avanços da informática em debate. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 5, n. 1, p. 194-223, 2015.

EFING, Antonio Carlos; SERRAGLIO, Diogo Andreola. O direito do consumo voltado à sustentabilidade: uma análise a partir da carta encíclica *Laudato Si'* sobre o cuidado da casa comum. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 220-249, jan./jul. 2016.

EFING, Antonio Carlos; BAUER, Fernanda Mara Gibran; ALEXANDRE, Camila Linderberg. Os deveres anexos da boa-fé e a prática do neuromarketing nas relações de consumo: análise jurídica embasada em direitos fundamentais. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, a. 11, n. 15, p. 38-53, jan./dez. 2013.

EVANS, Dave. *A internet das coisas: como a próxima evolução da internet está mudando tudo*. IBSG, Cisco, 2011.

FERREIRA, Helini Sivini. *Desvendando os organismos transgênicos - As interferências da sociedade de risco no Estado de Direito Ambiental Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

FRAGA, Wagner Santana de; MASSUQUETI, Angélica; GODOY, Márcia Regina. Determinantes socioeconômicos do suicídio no Brasil e no Rio Grande do Sul. *XIX Encontro de Economia da Região Sul – Área 3: Economia Regional e Urbana*, p. 16. Disponível em: <[https://www.anpec.org.br/sul/2016/submissao/files\\_1/i3-1e941ade6f1aa8ea2da3a6a517b515df.pdf](https://www.anpec.org.br/sul/2016/submissao/files_1/i3-1e941ade6f1aa8ea2da3a6a517b515df.pdf)>. Acesso em: 22 set. 2017.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra Freitas; TAVARES NETO, José Querino. A tecnologia como campo científico e dominação social sob a ótica de Pierre Bourdieu. In: TAVARES NETO, José Querino; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; COSTA, Andréa Abrahão (Org.). *Métodos de pesquisa aplicados ao Direito: um pressuposto epistemológico necessário*. 1. ed. Curitiba: CRV Ltda., v. 1, p. 8-36, 2017.

FROMM, Erich. *Ter ou ser?* Trad. Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: LTC, 1987.

GIBRAN, Fernanda Mara. Direito fundamental à informação adequada na sociedade de consumo como instrumento para o desenvolvimento socioambiental. 141 f. Dissertação. (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUCPR. Paraná.

GLOBAL 100 ISSUE. Os 100 maiores conglomerados. Disponível em: <<http://www.corporateknights.com/magazines/2017-global-100-issue/2017-global-100-results-14846083/>>. Acesso em: 22 set. 2017.

GREENFIELD, Adam. *Everyware: the dawning age of ubiquitous computing*. AIGA, New Riders, 2006.

HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus – Uma breve história do amanhã*. Trad. Paulo Geiger. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HOBSBAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IGREJA CATÓLICA. Papa (2015-: Francisco). Carta Encíclica Laudato Si. Disponível em: <[http://www.connect4climate.org/images/uploads/papa-francesco\\_20150524\\_enciclica-laudato-Portugues.pdf](http://www.connect4climate.org/images/uploads/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-Portugues.pdf)>. Acesso em: 19 set. 2017.

JACKOBS, Andrew; RITCHEL, Matt. How Big Business Got Brazil Hooked on Junk Food. *The New York Times*, set. 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/interactive/2017/09/16/health/brazil-obesity-nestle.html?action=click&contentCollection=Health&module=Translations&region=Header&version=en-US&ref=pt-BR&pgtype=article>>. Acesso em: 26 set. 2017.

KALAKOTA, Ravi; ROBINSON, Marcia. *E-business: estratégias para alcançar o sucesso no mundo digital*. Trad. Carlos Alberto Picanço de Carvalho. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2002.

KREUGER, Larry W.; STRETCH, John J. How hypermodern technology in social work education bites back. *Journal of Social Work Education*, 36(1), p. 103-114, 2000.



Disponível em: <<https://www.thefreelibrary.com/HOW+HYPERMODERN+TECHNOLOGY+IN+SOCIAL+WORK+EDUCATION+BITES+BACK-a059318904>>. Acesso em: 19 set. 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Sergipe – Esmese*, n. 07, p. 15-54, 2004.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

MIRAGEM, Bruno. Sobre a necessária aprovação imediata dos projetos de atualização do Código de Defesa do Consumidor (PLs 281 e 283 do Senado Federal). Disponível em: <<http://www.brasilcon.org.br/artigos/sobre-a-necessaria-aprovacao-imediata-dos-projetos-de-atualizacao-do-codigo-de-defesa-do-consumidor-pls-281-e-283-do-senado-federal>>. Acesso em: 26 set. 2017.

MISES, Ludwig von. *A mentalidade anticapitalista*. Trad. Carlos Alberto dos Santos Abreu. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010.

OLIVEIRA, Roberto de Jesus. Evite a “síndrome do carrinho de compra abandonado”. 2011. Disponível em: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/evite-a-sindrome-do-carrinho-de-compra-abandonado%E2%80%9D/>>. Acesso em: 19 set. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES NETO, José Querino; MEZZARROBA, Orides. O método enquanto pressuposto de pesquisa para o Direito: a contribuição de Pierre Bourdieu. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 15, n. 6, p. 116-132, set./dez. 2016.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1991.

Submissão em: 14.12.2017

Avaliado em: 22.01.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 27.10.2018 (Avaliador B)

Avaliado em: 04.02.2019 (Avaliador C)

Aceito em: 13.08.2019

# A AUTOCOMPOSIÇÃO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

*SELF-COMPOSITION ON ADMINISTRATIVE IMPROBITY AND THE UNAVAILABILITY OF THE PUBLIC INTEREST*

**Eduardo Cambi<sup>1</sup>**

Doutor em Direito (UFPR, Curitiba/PR, Brasil)

**Bruna Cracco Miranda<sup>2</sup>**

Pós-Graduada em Direito Público (FEMPAR, Curitiba/PR, Brasil)

**ÁREA(S):** direito administrativo; processo civil; improbidade administrativa.

**RESUMO:** O presente artigo busca discutir a possibilidade de autocomposição em casos de improbidade administrativa, à luz do princípio da indisponibilidade do interesse público e face à vedação contida no

art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992. Será questionada a compatibilidade entre a referida vedação e as formas assumidas pelo atual contexto político e social, marcado pela incessante busca pelo combate às práticas imorais, bem como seus reflexos no sistema jurídico brasileiro. Ainda, serão abordadas as inovações normativas sobre a temática, os novos posicionamentos dou-

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (Unipar). Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça do Paraná. Coordenador-Geral do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR). *E-mail:* eduardocambi@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6446292329035065>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4944-1256>.

<sup>2</sup> Graduada pelo Centro Universitário Curitiba (UniCuritiba). Assessora de Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná. *E-mail:* brunacraccomiranda@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3990424347836279>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9690-0438>.

trinários e jurisprudenciais, as vantagens observadas na adoção das referidas técnicas autocompositivas e a nova postura assumida pelo Ministério Público frente a esse novo contexto. A metodologia utilizada na presente pesquisa é qualitativa, exploratória, bibliográfica e documental.

**ABSTRACT:** *This article aims to discuss the possibility of self-composition in cases of administrative improbity, from the perspective of the principle of unavailability of the public interest and the prohibition of the § 1º of art. 17 of Law 8.429/1992. It will be discussed the compatibility between this prohibition and the forms assumed by the current political and social context, evidently marked by the incessant fight against immoral practices, as well as its reflections in the Brazilian legal system. Also, it will be approached the normative innovations regarding the above issue, the new doctrinal and jurisprudential positions, the advantages observed in the adoption of these self-composition techniques and the new position assumed by the Public Ministry in relation to this new context. The methodology used in this research is qualitative, exploratory, bibliographical and documentary.*

**PALAVRAS-CHAVE:** improbidade administrativa; autocomposição; indisponibilidade do interesse público; direitos indisponíveis; Lei nº 8.429/1992; vedação à transação; art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992; Ministério Público; patrimônio público; probidade administrativa.

**KEYWORDS:** *administrative improbity; self-composition; unavailability of the public interest; unavailable rights; Law 8.429/1992; transaction prohibition; article 17, § 1º, Law 8.429/1992; Public Ministry; public patrimony; administrative probity.*

**SUMÁRIO:** Introdução: o microsistema de proteção à probidade administrativa; 1 Técnicas alternativas de resolução de conflitos e seus reflexos no campo da improbidade administrativa; 2 A autocomposição na improbidade administrativa à luz do artigo 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992; Considerações finais; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction: the administrative probity protection microsystem; 1 Alternative techniques of conflict resolution and its reflexes in the field of administrative improbity; 2 The self-composition in administrative mismanagement in light of article 17, § 1º, Law nº 8.429/1992; Final considerations; References.*

## INTRODUÇÃO: O MICROSSISTEMA DE PROTEÇÃO À PROBIDADE ADMINISTRATIVA

O sistema jurídico brasileiro tem aperfeiçoado a tutela do patrimônio público e resultado na crescente punição dos agentes ímprobos<sup>3</sup>.

Manifesto exemplo desse fenômeno é a repercussão da “Operação Lava Jato”, que vem trazendo consequências notórias ao corpo social e fazendo emergir o maior cenário de combate à corrupção dos últimos tempos.

A principal decorrência desse contexto histórico, nos âmbitos administrativo e político, é a constante busca por formas mais eficazes de proteção da probidade e da moralidade administrativa.

Protagonista nesse cenário é a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1990), concebida como principal instrumento voltado ao gerenciamento do interesse público, direcionado principalmente à concretização das disposições constantes do art. 37, § 4º, da Constituição da República<sup>4-5</sup>.

Contudo, apesar de a Lei nº 8.429/1992 tratar-se de um avanço na proteção do instituto da probidade administrativa, há de se ter em mente a crescente e evidente complexidade dos expedientes ilícitos que atingem a coisa pública, a exigir permanente atualização do sistema jurídico e busca por novas formas de prevenção e repressão dessas ilegalidades<sup>6</sup>.

Ademais, o legislador também se preocupou em indicar o instrumento processual adequado para a tutela da probidade administrativa, tendo eleito, para tanto, a ação civil pública, disciplinada pela Lei nº 7.347/1985.

<sup>3</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 70. Conforme dados da Controladoria-Geral da União, 643 agentes públicos foram punidos em 2018 no Poder Executivo Federal. Foram 516 demissões de funcionários efetivos, 89 cassações de aposentadorias e 38 destituições de cargos em comissão. O número de punições é o maior na comparação dos últimos 16 anos, desde o início da série histórica consolidada pela CGU, a partir de 2003. (BRASIL. Controladoria-Geral da União. Disponível em: <<https://www.cgu.gov.br/noticias/2019/01/governo-federal-expulsa-643-servidores-em-2018-por-praticas-ilicitas>>. Acesso em: 4 jun. 2019)

<sup>4</sup> FÁZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015. p. 13.

<sup>5</sup> A Lei nº 8.429/1992 complementou a Constituição, regulamentando a norma de eficácia limitada prevista no § 4º do seu art. 37, ao prever regras de direito material e de direito processual para dar maior efetividade ao art. 37, § 4º, da CF. Cf. BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. O microssistema de proteção da probidade administrativa e a construção da cidadania. In: *Livro de Teses - XX Congresso Nacional do MP*, p. 386-393.

<sup>6</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, p. 13.

Extrai-se que essa opção legislativa demonstra uma tendência claramente protecionista, uma vez que fora designado como meio adequado à tutela da probidade<sup>7</sup> o instrumento processual utilizado e já consagrado tanto na seara jurisprudencial<sup>8</sup> quanto em expressivos setores da doutrina tradicional acerca da temática<sup>9</sup>, para fins de proteção da tutela coletiva.

Porém, devido ao volume extraordinário de processos judiciais e à morosidade na prestação jurisdicional, é necessário pensar novas técnicas de resolução de conflitos para melhor tutelar a probidade administrativa<sup>10-11</sup>.

Tal fenômeno pode ser explicado no contexto do movimento de acesso à justiça, contemplado na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXV), que permitiu ampliar as possibilidades de resoluções de controvérsias jurídicas por meio de vias consensuais. Com isso, abriu-se espaço a um novo panorama jurídico, denominado de “sistema de *justiça multiportas*”<sup>12</sup>, no qual são constatadas novas modalidades de resolução de controvérsias e, assim, de maior efetividade à prestação da tutela judicial.

Os métodos autocompositivos são dotados de maior celeridade, uma vez que evitam as formalidades do processo judicial, possibilitam a mais ampla

---

<sup>7</sup> GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual coletivo*. 2. ed. São Paulo: SRS, v. 1, 2008. p. 47.

<sup>8</sup> O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou neste sentido, tendo sedimentado a aventada possibilidade na Súmula nº 329: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.

<sup>9</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 388-390; RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 42; FÁZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit., p. 421.

<sup>10</sup> ROCHA, Marcelo Dantas; ZAGANELLI, Margareth Vetus. O ajustamento de conduta em atos de improbidade administrativa: anacronismos na vedação da transação na lei brasileira. *Cadernos de Derecho Actual*, n. 7, p. 150, 2017.

<sup>11</sup> “Devemos estar conscientes de nossa responsabilidade; é nosso dever contribuir para fazer que o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil; entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos de remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedentes.” (CAPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, v. 74 [RT on line], p. 82/97)

<sup>12</sup> VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*, v. 251 [RT on line], p. 391-428.

participação dos litigantes, diminuem a sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios<sup>13</sup>.

Contudo, as técnicas modernas de resolução consensual de litígios, quando aplicadas aos casos de improbidade administrativa, ainda encontram resistências. O principal argumento contrário à autocomposição, para esses casos, consiste na impossibilidade de negociabilidade da demanda pelas partes legitimadas à sua propositura, aliado ao tradicional caráter de indisponível do direito em discussão e a sua intrínseca necessidade de proteção absoluta<sup>14</sup>.

## **1 TÉCNICAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E SEUS REFLEXOS NO CAMPO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Não obstante a vedação constante no art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992, observam-se, no microsistema processual, diversas regras que buscam incentivar a desjudicialização das controvérsias<sup>15</sup> e a obtenção de soluções céleres e eficazes.

Nessa direção, diversas foram as legislações trazendo inovações no campo da autocomposição, podendo-se destacar como pioneiras a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/1995), ao prestigiar a conciliação e a mediação como instrumentos alternativos de resolução de conflitos, inclusive no âmbito penal. Um ano mais tarde, surgiu a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), na qual foi enaltecida a autonomia privada na resolução de conflitos.

Mais recentemente, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) enfatizou, entre as suas normas fundamentais, o estímulo aos métodos de solução consensual dos conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º). Tal orientação parte da correta premissa de que o uso desses métodos é considerado mais adequado, rápido, barato e eficiente, além de evitar a imposição de uma decisão pelo Estado-juiz, o que favorece o bom-senso das partes e contribui para a pacificação social<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> CAPELLETTI, Mauro. Op. cit.

<sup>14</sup> VENTURI, Elton. Op. cit.

<sup>15</sup> Idem.

<sup>16</sup> CAMBI, Eduardo; SOUZA, Fernando Machado de. Resolução consensual de conflitos difusos e coletivos. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/383/317>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

Entre as técnicas extraprocessuais exaltadas no novo CPC, possuem destaque os institutos da arbitragem e dos termos de ajustamento de conduta, previstos nos arts. 3º, § 1º, e 174. Ressalta-se, contudo, que as regras relativas à arbitragem encontram-se disciplinadas pela Lei nº 9.307/1996, que fora alterada pela Lei nº 13.129/2015, e inovou ao prever, expressamente, a possibilidade de procedimento arbitral em litígios envolvendo o Poder Público.

Nessa mesma direção, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 125, estabeleceu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário. Tal Resolução segue as diretrizes do II Pacto Republicano, estabelecido, em 2009, entre os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, por meio do qual foram instituídas premissas básicas relativas à prestação jurisdicional, objetivando um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo.

## 1.1 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A utilização dos métodos autocompositivos vem ganhando força no âmbito do Ministério Público, com especial relevo quando em pauta discussões sobre direitos indisponíveis. Contudo, o assunto ainda é passível de acentuadas controvérsias, considerando o envolvimento de questões relacionadas à titularidade, legitimidade e indisponibilidade dos direitos em discussão<sup>17</sup>.

Apesar dos argumentos contrários, observa-se uma latente abertura e legitimação dos agentes ministeriais para o uso das práticas autocompositivas

---

<sup>17</sup> “A imprescindibilidade da adjudicação pública de todo e qualquer conflito envolvendo direitos indisponíveis sempre foi a tônica do sistema de Justiça brasileiro. Para além de negar ostensivamente soluções conciliatórias no âmbito de referidas disputas, o sistema jurisdicional nacional ainda cuida de introduzir relevantes alterações nos processos pelos quais se pretende a adjudicação de tais causas, na medida em que se presume a existência de interesse público. Dentre as alterações procedimentais endereçadas à garantia dos interesses indisponíveis e públicos, talvez a mais ilustrativa diga respeito à intervenção obrigatória do Ministério Público, chamado então a exercer concretamente suas funções constitucionais (art. 127 da CF) pertinentes à fiscalização e proteção da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis. Desta forma, sempre perseverou a ideia segundo a qual conflitos envolvendo direitos individuais fundamentais (como a vida e a liberdade) ou direitos relativos a incapazes seriam considerados impassíveis de transação e, portanto, de solução acordada por qualquer mecanismo extrajudicial ou judicial que se resumisse à mera homologação. Pela mesma lógica, conflitos relativos a direitos transindividuais difusos (como a moralidade administrativa, a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado e o patrimônio público, dentre outros) não poderiam ser resolvidos consensualmente por via de transações, persistente a ideologia e a política da adjudicação pública como o único caminho.” (VENTURI, Elton. Op. cit.)

na resolução de conflitos. Por exemplo, a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/1995) preveem a possibilidade de o Ministério Público utilizar, respectivamente, o mecanismo dos termos de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985) e firmar acordos, com validade de título executivo judicial (art. 57 da Lei nº 9.099/1995), nos âmbitos cível e criminal especiais, facultando, ainda, a possibilidade de atuar como “negociador” na pacificação de conflitos (arts. 72 e 89 da Lei nº 9.099/1995).

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em 2014, editou a Resolução nº 118, versando sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público. Assim, previu a possibilidade de negociação (art. 8º), disciplinou questões de mediação (arts. 9º e 10), conciliação (arts. 11 e 12), práticas restaurativas (arts. 13 e 14) e convenções especiais (arts. 15, 16 e 17)<sup>18</sup>.

Na sequência, foi editada a “Carta de Brasília”, em 22 de setembro de 2016, consistindo tal instrumento em um acordo pactuado entre a Corregedoria Nacional do CNMP e as Corregedorias-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, com objetivo de estimular a “utilização de mecanismos de resolução consensual, como a negociação, a mediação, a conciliação, as práticas restaurativas, as convenções processuais, os acordos de resultado, assim como outros métodos e mecanismos eficazes na resolução dos conflitos, controvérsias e problemas”.

Em seguida, o CNMP editou a Recomendação nº 54/2017, dispondo sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro, a qual reforçou as determinações das normativas preexistentes, para enfatizar a necessidade de efetivação da atuação do Ministério Público nas práticas autocompositivas.

---

<sup>18</sup> “Por essa normativa, o Ministério Público passa a ter como incumbência implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos. A adoção se justifica, principalmente, para privilegiar a atuação preventiva, de redução de litigiosidade e também a disseminação social da cultura de paz, por meio da participação do diálogo e do consenso.” (BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; TESSEROLLI, Kelly Cristina Ferreira. MP restaurativo e a cultura da paz: a Resolução CNMP 118/2014 e a construção de um novo perfil de atuação ministerial. Disponível em: <[http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Teses\\_2015/SamiaBonavides\\_KellyTesserolli\\_Texto\\_Resolucao\\_118\\_2014\\_CNMP.pdf](http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Teses_2015/SamiaBonavides_KellyTesserolli_Texto_Resolucao_118_2014_CNMP.pdf)>. Acesso em: 17 ago. 2018)



Assim, evidencia-se uma preocupação e o surgimento de um novo perfil ministerial, o chamado “MP Restaurativo”<sup>19</sup>, que deve dar gradual preferência pela utilização das soluções extrajudiciais dos conflitos, com o objetivo de diminuição das demandas judiciais e a inclinação para uma atuação preventiva, proativa e que preza pelo diálogo.

Além do estímulo ao uso de soluções consensuais de litígios, outros aspectos são observados nesse conjunto normativo, especialmente no sentido de promover a autocomposição como meio de prevenção, estímulo ao diálogo e consenso entre as partes envolvidas, ressaltando a importância da atuação preventiva<sup>20</sup>, superando a visão de um Ministério Público unicamente “demandista”<sup>21</sup>, além de, ainda, prezar pela ampliação do acesso à justiça, reforçando o postulado de garantia fundamental da sociedade e do indivíduo.

Com efeito, objetiva-se a pacificação social e a judicialização das demandas como última alternativa, após o esgotamento de todas as demais formas de resolução extrajudicial, a fim de que a tutela dos direitos fundamentais, pela atuação do Ministério Público, ocorra de maneira mais célere e eficaz.

## 1.2 AUTOCOMPOSIÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS

Tradicionalmente, faz-se uma correlação entre a indisponibilidade e a inalienabilidade dos interesses públicos.

Conforme explica Elton Venturi, “justificada no interesse público a mais adequada proteção dos direitos indisponíveis (mesmo que contra a vontade de seus titulares), a proibição de qualquer negociação que os envolva muitas vezes tem implicado na absoluta ausência de sua proteção adequada”<sup>22</sup>.

Assim, surge a necessidade de discussão dessas restrições, pois, conforme já abordado, são inúmeras as atuais disposições normativas voltadas a privilegiar as práticas autocompositivas, de modo que é possível vislumbrar um significativo avanço e ponderação em relação às proibições preexistentes.

<sup>19</sup> CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcos Vargas. Ministério Público Resolutivo: o modelo contemporâneo de atuação institucional. *Revista dos Tribunais*, v. 982, p. 107-134, ago. 2017.

<sup>20</sup> BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; TESSEROLLI, Kelly Cristina Ferreira. Op. cit.

<sup>21</sup> SANTOS, Eduardo Sens dos. TAC em improbidade administrativa. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Editaln-03-2012/Artigos/EduardoSensdosSantos.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2018, p. 3.

<sup>22</sup> VENTURI, Elton. Op. cit.

O Código Civil brasileiro, em seu art. 841, prevê o instituto da transação, restringindo, contudo, seu cabimento aos direitos patrimoniais disponíveis. No entanto, somente uma interpretação descontextualizada dessa regra jurídica conduziria à impossibilidade de resolução consensual de conflitos envolvendo direitos difusos ou coletivos<sup>23</sup>. Isso decorre da natureza jurídica da transação, que, pela regra prevista no art. 840 do Código Civil, corresponde a concessões mútuas como forma de resolução de conflitos.

Ocorre que os termos “concessões mútuas” sugerem pela disponibilidade dos direitos em discussão, o que claramente não pode ser aplicado àqueles direitos cuja indisponibilidade lhes são inerentes. Assim, surge a necessidade de interpretar o art. 840 do Código Civil de forma ponderada, possibilitando ao Ministério Público, legitimado à tutela dos direitos indisponíveis difusos e coletivos, a discussão e o estabelecimento da melhor maneira de se alcançar a defesa desses interesses.

Isso não significa estar se permitindo aos agentes ministeriais promover a renúncia aos direitos sobre os quais se está litigando<sup>24</sup>. O que se pretende é conceder uma nova forma de interpretação às restrições existentes, compatíveis ao momento vivido pela sociedade e às novas necessidades que constantemente vêm se apresentando para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves<sup>25</sup> ensinam que o instituto da transação consiste em negócio jurídico que importa em concessões recíprocas, fato que resta claramente vedado em relação aos direitos indisponíveis. Entretanto, complementam que o “ajustamento de conduta” – instrumento colocado à disposição para a autocomposição nesse cenário – “pode versar sobre interesses difusos uma vez que não importa, verdadeiramente, qualquer tipo de disposição ao direito material”<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> CAMBI, Eduardo; SOUZA, Fernando Machado de. Op. cit., p. 228.

<sup>24</sup> DALLA, Humberto; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Compromisso de ajustamento de conduta: atualidades e perspectivas de acordo com o projeto do novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 7, n. 7, p. 78, 2016.

<sup>25</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 906.

<sup>26</sup> “A indisponibilidade dos interesses coletivos impede a celebração de transação que importe em renúncia ao direito material tutelado. Entretanto, tal impedimento não impede a celebração de compromissos de ajustamento de conduta, em procedimentos extrajudiciais ou em ações que versem sobre direitos transindividuais, desde que importem na estipulação de mecanismos para a efetiva tutela desses

Apesar de o patrimônio público ser indisponível, quando se trata de métodos autocompositivos que estipulem mecanismos/instrumentos para a efetivação da tutela de interesses públicos, não se está “dispondo” do bem jurídico tutelado, e sim o tutelando de forma alternativa e célere.

Nesse sentido, Elton Venturi apresenta três motivos para que a negociabilidade possa ser aplicada aos direitos indisponíveis: a) a transação não importa, necessariamente, na renúncia ou na alienação dos direitos; b) a restrição ou o impedimento da transação de direitos indisponíveis não assegura a proteção de toda a sociedade ou de seus titulares contra si mesmos; c) negociar os direitos, ainda que indisponíveis, pode se revelar a melhor ou a única opção para sua efetiva proteção<sup>27</sup>.

Assim, por meio de uma interpretação sistemática do art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa, extrai-se que a utilização da autocomposição não significa necessariamente a renúncia dos direitos transindividuais, mas sim em “forma legítima, adequada e democrática de dar proteção a um direito, realizada de modo livre e consciente por aquele que é o legítimo titular do direito”<sup>28</sup>.

Desse modo, infere-se que a exclusão da possibilidade de utilização de técnicas autocompositivas em casos de improbidade administrativa, notadamente pelo atual contexto de justiça brasileiro, não se mostra a solução mais adequada à efetivação dos direitos fundamentais.

---

*direitos, tais como a concessão de prazo, a definição de modos de cumprimento e o parcelamento de obrigação de dar ou de fazer.” (CAMBI, Eduardo; SOUZA, Fernando Machado de. Op. cit., p. 227)*

<sup>27</sup> “A transação não importa necessariamente renúncia ou alienação dos direitos. Há diferentes modelos negociais que redundam, evidentemente, consequências distintas relativamente à cessão de direito material que caracteriza os processos de transação; i) ao contrário do que se poderia pensar, a titularidade dos direitos indisponíveis não é afastada – senão reafirmada – por conta do respeito à autonomia das vontades direcionadas à realização de eventuais transações sobre os mesmos; ainda que assim não fosse, não parece mais razoável que o Estado simplesmente restrinja ou impeça o pleno exercício das titularidades sobre os direitos indisponíveis – e, portanto, de eventualmente se negociá-los – sob abstratas presunções de que estaria tutelando toda a sociedade ou os seus titulares contra si mesmos, na medida da sua incapacidade de livre manifestação de vontades. [...] Se o verdadeiro sentido de interesse público residente no conceito dos direitos indisponíveis parece depender da coordenação entre o respeito da autonomia privada e, ao mesmo tempo, dos interesses sociais, então, no mais das vezes, a única maneira de se afirmá-los e tutelá-los adequadamente será uma análise cuidadosa, caso a caso, a respeito da validade e da legitimidade da manifestação volitiva dos seus titulares, ainda que contraposta a interesses considerados coletivos ou públicos. Até porque, como adiante se destaca, negociar os direitos – inclusive os indisponíveis – pode se revelar a melhor ou a única opção para sua efetiva proteção.” (VENTURI, Elton. Op. cit.)

<sup>28</sup> Idem.

É necessário, pois, que seja adotada uma nova forma de interpretação em relação às proibições existentes, de forma congruente às necessidades atuais, possibilitando o uso de métodos autocompositivos, nos quais o interesse público seja assegurado, com respeito às garantias constitucionais e o respeito à eficiência e à razoável duração do processo.

### 1.3 TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO INSTRUMENTOS ADEQUADOS À AUTOCOMPOSIÇÃO NOS CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O termo de ajustamento de conduta (TAC) – ou, simplesmente, compromisso de ajustamento de conduta –, consiste no instrumento colocado à disposição do Ministério Público, e dos demais órgãos públicos legitimados para a propositura da ação civil pública (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985), para a concretização das técnicas autocompositivas.

Pelo TAC, o responsável pela lesão ou ameaça a direitos deve reconhecer que a conduta ofende interesse difuso ou coletivo, bem como assumir o compromisso de eliminar a ofensa por meio da adequação de seu comportamento às exigências jurídicas<sup>29</sup>.

O TAC dever prever, de um lado, obrigação(ões) de fazer ou não fazer e cominação(ões) de sanção(ões) para a reparação dos danos causados, e, de outro, caracteriza-se por seu viés pedagógico, voltado à prevenção de futuras reincidências.

O compromissário estabelece condições de tempo, modo e lugar para o cumprimento das obrigações, de modo que não há disposição/cessão do conteúdo do ilícito praticado (bem jurídico material), uma vez que o compromisso deve versar sobre a plena satisfação do interesse lesado<sup>30</sup>.

Sob a perspectiva de sua natureza jurídica, há divergência doutrinária no sentido de o TAC tratar-se de transação, acordo<sup>31</sup>, reconhecimento jurídico

<sup>29</sup> DALLA, Humberto; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Op. cit., p. 2.

<sup>30</sup> CAMBI, Eduardo; SOUZA, Fernando Machado de. Op. cit., p. 231.

<sup>31</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 136.

do pedido<sup>32</sup>, negócio jurídico<sup>33</sup> ou, ainda, sob a concepção de equivalente jurisdicional<sup>34</sup>. De modo que se verifica que os autores a tratarem da temática ainda se dividem quanto a esses aspectos terminológicos.

No Brasil, o compromisso de ajustamento de conduta surgiu no art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) e ganhou ainda mais força após o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, que incorporou o instituto na Lei de Ação Civil Pública (art. 5º, § 6º).

Embora a Lei de Ação Civil Pública refira-se unicamente à possibilidade de ajustamento de conduta na seara extrajudicial, já é consolidada a possibilidade de sua celebração também durante o trâmite do processo judicial<sup>35</sup>. Porém, quando formalizados pelo Ministério Público, ainda no curso da investigação, há necessidade de homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público<sup>36</sup>.

O art. 5º, § 6º, da Lei de Ação Civil Pública, ao referir-se aos legitimados a possibilidade, menciona serem os “órgãos públicos legitimados”, ou seja, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Administração Direta, autarquias e fundações de direito público. Em razão disso, verifica-se um amplo rol de legitimados à sua celebração, de modo que a possibilidade não está restrita ao Ministério Público<sup>37</sup>.

Em casos de descumprimento dos ajustes acordados no compromisso de ajustamento de conduta, ou, ainda, se um dos colegitimados entender pela insuficiência dos termos acordados, é cabível a propositura da ação civil pública para a revisão judicial de seus termos, não obstante o TAC, a partir de sua homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público, passe a ter eficácia de título executivo extrajudicial<sup>38</sup>.

---

<sup>32</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca; GOMES, Luiz Flávio (Prefaciador) et al. *Comentários à lei de improbidade administrativa*: Lei 8.429, de 2 de junho de 1992. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 254.

<sup>33</sup> DALLA, Humberto; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Op. cit., p. 77.

<sup>34</sup> CAMBI, Eduardo; SOUZA, Fernando Machado de. Op. cit., p. 231.

<sup>35</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit., p. 907.

<sup>36</sup> Idem, p. 907.

<sup>37</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca; GOMES, Luiz Flávio (Prefaciador) et al. Op. cit., p. 255.

<sup>38</sup> Idem.

## 2 A AUTOCOMPOSIÇÃO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DO ARTIGO 17, § 1º, DA LEI Nº 8.429/1992

Como já salientado, o art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992 veda expressamente a possibilidade de transação na improbidade administrativa, regra que pode ser explicada em razão de os métodos alternativos de resolução de litígios serem incompatíveis com o desvalor atribuído pelo Constituinte de 1988 ao ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º)<sup>39</sup>.

Tal situação pode ser melhor compreendida analisando-se o contexto no qual a Lei de Improbidade Administrativa foi concebida, isto é, ela foi editada com o intuito de efetivar os anseios constitucionais constantes no art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

A aludida vedação atendia às necessidades do momento de sua edição, qual seja, o fim da era ditatorial que marcou a Constituição Federal de 1998 e que, por conseguinte, refletiu diretamente na criação da Lei nº 8.429/1992, no sentido de velar pela moralização das condutas dos agentes públicos e a prevenção de eventuais atos capazes de colocar em risco a segurança jurídica<sup>40</sup>.

Todavia, nota-se que os atuais e constantes avanços observados no sistema de justiça brasileiro, aliados à necessidade de conferir eficiência e celeridade à resolução de demandas, tornou a vedação constante do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992 anacrônica dentro do microsistema de combate à corrupção. Tal regra não mais se compatibiliza com a evolução da noção da probidade administrativa e dos instrumentos de defesa, que exige uma interpretação sistemática, para extrair do ordenamento jurídico a máxima efetividade da tutela do patrimônio público<sup>41</sup>.

Percebe-se que, não obstante a existência das referidas inconsistências, o novo cenário que vem se assentando em nosso país trouxe outros anseios à doutrina administrativista e processualista, que passou a discutir novas formas de sua interpretação – ainda que repletas de divergências e entendimentos contraditórios entre si –, com a finalidade de conferir coerência com as novas formas de resolução de conflitos.

<sup>39</sup> MARTINS, Tiago do Carmo. Conciliação em ação por improbidade administrativa. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 76, fev. 2017. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/109233/conciliacao\\_acao\\_improbidade\\_martins.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/109233/conciliacao_acao_improbidade_martins.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2018.

<sup>40</sup> ROCHA, Marcelo Dantas; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Op. cit., p. 149.

<sup>41</sup> Idem, p. 148.

Tal movimento também pode ser observado no âmbito do próprio Poder Executivo, que, por meio da edição da Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015, tentou modificar tal situação, para revogar o art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992. Porém, a medida provisória não foi convertida em lei, e a vedação tornou a ser válida.

Mais recentemente, pode-se afirmar que, em razão do contexto no qual o Poder Judiciário nacional encontra-se inserido, notadamente pelas repercussões da “Operação Lava Jato”, a defesa ao Erário e à probidade administrativa ganharam nova repercussão e importância na sociedade, que passou a clamar ainda mais pela efetividade da justiça.

Outro movimento observado no âmbito do Poder Legislativo foi a apresentação do Projeto de Lei nº 4.850/2016<sup>42</sup>, popularmente conhecido como “As dez medidas contra a corrupção”. Dentre as medidas propostas, algumas repercutem diretamente na seara da improbidade administrativa.

A 5ª medida<sup>43</sup> versa sobre a possibilidade de o Ministério Público celebrar acordos no âmbito da Lei nº 8.429/1992<sup>44</sup>, sugerindo, ainda, a criação de varas, câmaras e turmas especializadas para julgar ações de improbidade administrativa e ações decorrentes da lei anticorrupção, além de conferir ao Ministério Público a possibilidade de firmar acordos de leniência.

Já no campo doutrinário, as discussões relativas à vedação contida no § 1º do art. 17 são um pouco mais imprecisas. Parte dos doutrinadores, a exemplo de Marcelo Dantas Rocha, Margareth Vetis Zaganelli e Ricardo de Barros Leonel, defende que a impossibilidade da autocomposição justifica-se em razão da indisponibilidade dos interesses envolvidos<sup>45</sup>, bem como que os legitimados não

<sup>42</sup> 10 Medidas contra a corrupção. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

<sup>43</sup> [...] é alterada a redação do art. 17 para agilizar a fase inicial do procedimento, que hoje contém uma duplicação de etapa ineficiente e desnecessária, consistente na existência de duas oportunidades sucessivas para apresentação de defesa. O modelo que passou a ser adotado é, por analogia, o da Reforma do Código de Processo Penal, que protege um direito mais sensível – a liberdade – e permite apenas uma defesa, após a qual o juiz poderá extinguir a ação, caso ela careça de fundamento para prosseguir. Com isso, evita-se que alguém responda a uma ação de improbidade injustificada e, ao mesmo, tempo evita repetição desnecessária de atos. A recorribilidade da decisão que recebe a ação fica preservada mediante o instituto do agravo retido, a não mais de instrumento.

<sup>44</sup> ROCHA, Marcelo Dantas; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Op. cit., p. 149.

<sup>45</sup> Idem, p. 150.

podem dispor desses direitos por não serem seus titulares<sup>46</sup>. Ainda, afirma-se que tal posicionamento está associado “à postura rígida que se espera no combate à improbidade com a inadmissibilidade de qualquer forma de consenso”<sup>47</sup>.

Todavia, sob outro viés, há posicionamentos no sentido de reconhecer a possibilidade da aplicação de métodos autocompositivos na improbidade administrativa, ainda que de forma parcial e limitada.

Nessa linha, Emerson Garcia e Roberto Pacheco Alves reconhecem a possibilidade de realização de acordos, restringindo-se aos aspectos relativos às condições, ao prazo e ao modo de reparação dos danos. Ressaltam, contudo, que, mesmo quando celebrados referidos acordos, não haveria óbice à possibilidade de ajuizamento da ação civil para a aplicação das sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa e proibição de contratar com o Poder Público ou de ele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios<sup>48</sup>.

Do mesmo modo, Bruno Takahashi defende que, caso a vedação do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992 fosse suprimida, a investigação no âmbito civil cessaria, fato que possivelmente poderia frustrar a aplicação das sanções da Lei de Improbidade. Todavia, sustenta que o afastamento da vedação seria possível ao tratar-se apenas de enriquecimento ilícito e dano ao Erário, ou seja, quando a ação versar apenas sobre a reparação integral do dano, de modo que a concessão não ocorreria em relação ao montante devido, mas sim quanto à forma, local e prazos para pagamento, ou seja, também em relação a aspectos secundários<sup>49</sup>.

Uma outra vertente da doutrina manifesta-se pela abertura da possibilidade sem, contudo, apontar restrições. Nesse sentido, Wallace Paiva Martins Júnior<sup>50</sup>, ao defender que a utilização de autocomposição na seara da improbidade administrativa não quer dizer dispor do interesse público e da indisponibilidade

<sup>46</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 350.

<sup>47</sup> TAKAHASHI, Bruno. A solução consensual de controvérsias e o art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 102, n. 927, p. 23-41, jan. 2013.

<sup>48</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 908.

<sup>49</sup> TAKAHASHI, Bruno. Op. cit., p. 2-3.

<sup>50</sup> MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 362-363.



do direito tutelado, afirma que reconhecer tal possibilidade significa prezar pela eficiência na tutela do patrimônio público.

Rodolfo de Camargo Mancuso acompanha tal raciocínio, ao asseverar que o afastamento da possibilidade de autocomposição “laboraria *contra* a tutela do interesse metaindividual objetivado” e, nessas situações, “a recusa ao acordo não se justifica, porque nas ações coletivas o interesse reside menos em ‘vencer’ a causa e, muito mais, em obter, de modo menos oneroso, ou menos impactante, a melhor solução para o conflito”<sup>51</sup>. Acrescenta, ainda, que, “no âmbito da ação civil pública, deve sempre prevalecer o interesse na efetiva tutela dos valores morais da sociedade civil, a que este instrumento processual está vocacionado, de sorte que, se o objetivo colimado – proteção ou reparação ao interesse metaindividual ameaçado ou lesado – puder ser alcançado pela via consensual, com economia de tempo e de custos, não há motivo plausível para se negar a legitimidade a essa solução consensual”<sup>52</sup>.

Além disso, o tema é de discussão no âmbito das Cortes superiores<sup>53</sup>, embora ainda sem posicionamento sedimentado e unificado, de modo que os tribunais vêm analisando caso a caso e ainda são verificadas decisões conflitantes entre si.

Exemplo disso é a ADIn 5.980<sup>54</sup>, ajuizada pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) junto ao Supremo Tribunal Federal, no mês de julho 2018, face da vedação do § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 (LIA), que proíbe expressamente a transação, o acordo ou a conciliação nas ações de improbidade administrativa<sup>55</sup>. Dentre as razões expostas para a propositura da mencionada demanda, destacam-se as seguintes: “As alegações do partido político são de que a regra produz uma ‘absoluta ineficiência administrativa’, porquanto impede a solução mais rápida

---

<sup>51</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2016. p. 315.

<sup>52</sup> *Idem*, p. 312.

<sup>53</sup> Disponível em: <<http://www.patrimoniopublico.mppr.mp.br/2018/08/20/O-Conselho-Superior-do-Ministerio-Publico-ja-homologou-171-Termos-de-Ajustamento-de-Conduita-em-materia-de-improbidade-administrativa.html>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

<sup>54</sup> STJ, ADIn 5980/DF, 0075402-71.2018.1.00.0000, Rel. atual Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5512784>>. Acesso em: 17 set. 2018.

<sup>55</sup> LINDB autoriza TAC em ações de improbidade administrativa. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-09/interesse-publico-lindb-autoriza-tac-acoessimprobidade-administrativa>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

dos litígios, causando 'duplo prejuízo ao Erário', seja pelo aumento dos gastos, seja pelo tempo de duração dos processos"<sup>56</sup>.

Em contrapartida, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, já se "afastou a possibilidade dessa composição, à luz de dispositivo da Lei nº 13.655/2018, que possibilita a compensação de benefícios indevidos"<sup>57</sup>, sob a justificativa do fim da vigência da Medida Provisória nº 703, que, conforme já mencionado, extinguiu a vedação do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992.

Ademais, na prática das atividades ministeriais, à vista dos evidentes benefícios oriundos das novas formas de resolução de litígios, o reconhecimento à possibilidade vem ganhando ampla aceção por parte dos representantes da instituição, a exemplo do que vem ocorrendo nos âmbitos dos Ministérios Públicos de Santa Catarina e do Paraná, uma vez que é possível observar o expressivo movimento dos agentes ministeriais em relação à aceitação das novas práticas.

Nesse contexto, são destacáveis as conclusões do representante do Ministério Público do Estado de Santa Catarina Eduardo Sens dos Santos no seguinte sentido: "A vedação do art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa deve ser interpretada restritivamente, já que se trata de restrição ao poder do Ministério Público, limitando a possibilidade de acordo entre as partes apenas no momento processual específico de improbidade, quer dizer, depois de recebida a petição inicial, quando já esteja instaurada a instância". Ainda complementa: "Em nosso entender, a Lei de Improbidade Administrativa veda acordos 'nas ações' de improbidade administrativa', não está vedada a celebração de TAC"<sup>58</sup>.

Já no âmbito do Ministério Público do Estado do Paraná, Eduardo Cambi e Cláudio Smirne Diniz manifestam-se a favor da possibilidade da autocomposição na defesa do patrimônio público, ressaltando a necessidade de

---

<sup>56</sup> Idem.

<sup>57</sup> STJ, AgInt-REsp 1654462/MT, 1ª T., Rel. Sérgio Kukina, J. 07.06.2018, DJe 14.06.2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1654462&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 16 set. 2018.

<sup>58</sup> SANTOS, Eduardo Sens dos. TAC em improbidade administrativa. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Editaln-03-2012/Artigos/EduardoSensdosSantos.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2018, p. 5.

conferir uma nova forma de interpretação à vedação, baseada nas disposições principiológicas insculpidas na carta constitucional<sup>59</sup>.

## 2.1 O MICROSSISTEMA DE COMBATE À CORRUPÇÃO

O cenário no qual as novas formas de interpretação da Lei de Improbidade Administrativa está inserido ainda encontra-se em construção. Observam-se expressivas alterações no âmbito legislativo, com inserção de normativas voltadas à resolução alternativa de conflitos ao chamado “microsistema de combate à corrupção”<sup>60</sup>.

Referido sistema, notadamente em relação à autocomposição, atualmente é constituído pelas Leis dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995) e Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/2001). Porém, destaca-se a Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/2013), marcada como “um avanço rumo à solução concertada e pacífica das controvérsias em âmbito administrativo”<sup>61</sup>, uma vez que dedica especial incentivo à realização dos acordos de leniência<sup>62</sup>.

Dois anos mais tarde, surgiu a reforma na Lei de Arbitragem (Lei nº 13.129/2015) – ampliando a possibilidade de realização de procedimento arbitral envolvendo a Administração Pública – e a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), que possibilita a utilização de procedimento de mediação em conflitos que versem sobre direitos disponíveis e/ou direitos indisponíveis passíveis transação (art. 3º)<sup>63</sup>.

Na mesma direção, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) foi alterada por meio da Lei nº 13.655/2018, que se pautou pelos critérios de necessidade de concessão de segurança jurídica e de eficiência na criação e na aplicação do direito público. Também deu preferência pelas formas alternativas de resolução de controvérsias na seara da improbidade

<sup>59</sup> DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBI, Eduardo. Possibilidades de solução extrajudicial de conflitos na área da proteção ao patrimônio público e da tutela da probidade administrativa. Disponível em: <<https://congressoanacional2017.ammp.org.br/index/teses>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

<sup>60</sup> ROCHA, Marcelo Dantas; ZAGANELLI, Margareth Vetus. Op. cit., p. 151-153.

<sup>61</sup> FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos na nas relações público-privadas: lei anti-improbidade empresarial e não lei anticorrupção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, a. 12, n. 47, p. 34.

<sup>62</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit., p. 278.

<sup>63</sup> CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane; SCHMITZ, Nicole. Mediação de conflitos envolvendo direitos fundamentais sociais. *Revista de Processo*, v. 289, p. 473-507, mar. 2019.

administrativa, objetivando a eliminação da incerteza jurídica e a busca por soluções proporcionais, eficientes e compatíveis aos ilícitos praticados.

Atento a essa linha evolutiva, o Ministério Público brasileiro tem aperfeiçoado o seu aparato normativo, como a edição das já mencionadas Resolução nº 118/2014 (Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público) e Recomendação nº 54/2017, ambas consubstanciadas na constante necessidade de conferir efetividade à atuação do *Parquet* e buscando ampliação das possibilidades autocompositivas na resolução de litígios.

Assim, verifica-se que o microsistema de combate à corrupção vem sendo aperfeiçoado, nos últimos anos, o que pode gerar significativas e positivas alterações no atual cenário jurídico.

## 2.2 OS LIMITES À POSSIBILIDADE DE AUTOCOMPOSIÇÃO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Apesar da ampliação da possibilidade do uso dos métodos autocompositivos, é importante traçar limites à sua aplicação nos casos de improbidade administrativa, uma vez que a titularidade é coletiva e o direito é indisponível.

Como já asseverado, há dificuldade, especialmente por parte da doutrina, em conceber restrições práticas à aplicação das novas formas de resolução dos litígios em casos envolvendo direitos transindividuais<sup>64</sup>. Os posicionamentos defendidos variam entre a vedação absoluta, a aceitação da possibilidade em relação apenas aos aspectos formais das tratativas<sup>65</sup> e, ainda, aqueles que sustentam a possibilidade de autocomposição na improbidade administrativa em casos determinados.

A Lei de Improbidade Administrativa prescreve, em seu art. 12, diversas modalidades de sanções, desde as mais amenas até as mais severas. Estas últimas, por vezes, geram forte resistência quanto à sua aplicação por parte do Poder Judiciário, especialmente quando se está diante de ilícitos de menor repercussão patrimonial<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> TAKAHASHI, Bruno. Op. cit., p. 4.

<sup>65</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit., p. 908.

<sup>66</sup> Idem, p. 912.

Assim, para se entender os limites quanto à possibilidade da autocomposição na improbidade administrativa, é importante aferir o grau de reprovabilidade da situação ímproba e como a jurisprudência tem aplicado as sanções previstas na Lei nº 8.429/1992 à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade<sup>67</sup>.

Por vezes, coloca-se diante de situações cujo valor patrimonial ou o dano ao patrimônio, como um todo, por si só, não são suficientes a justificar a movimentação da máquina estatal, em razão de uma responsabilização por ato de improbidade administrativa. Afinal, nenhuma aplicação de sanção, pelo Poder Judiciário, prescinde da comprovação do elemento subjetivo, seja dolo, para as tipificações dos arts. 9º e 11, ou culpa, para os delitos do art. 10 da Lei nº 8.429/1992<sup>68</sup>.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se acerca da necessidade de distinção entre os atos meramente irregulares e de improbidade administrativa propriamente dita, tendo ressaltado pela impossibilidade de essa última ajustar-se ao “princípio da insignificância”<sup>69</sup>, dada a natureza indisponível sobre a qual versa o direito em questão.

As irregularidades administrativas precisam ser solucionadas na própria esfera administrativa<sup>70</sup>, sendo desnecessárias a movimentação da máquina estatal e a judicialização da demanda. Nesses casos, não há óbice legal à possibilidade de autocomposição, na medida que “não se estaria a dispor de quaisquer sanções da Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que não é aplicável à hipótese”<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> “[...] a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade de meios e fins.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 689)

<sup>68</sup> REsp 1192056/DF, 1ª T., Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Rel. p/o Ac. Min. Benedito Gonçalves, J. 17.04.2012, DJe 26.09.2012.

<sup>69</sup> STJ, REsp 892818/RS, 2006/0219182-6, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, J. 11.11.2008, DJe 10.02.2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8589975/recurso-especial-resp-892818-rs-2006-0219182-6/inteiro-teor-13674659?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 set. 2018.

<sup>70</sup> DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBL, Eduardo. Op. cit.

<sup>71</sup> Idem, *ibidem*.

Ainda, é possível cogitar a celebração de ajustamentos de conduta quando em discussão atos de improbidade administrativa considerados de “menor potencial ofensivo”<sup>72</sup>.

Há evidente vantagem nessa solução consensual, especialmente para a sociedade, visto que seriam evitados os morosos e custosos processos judiciais – além de isso ser benéfico para os próprios agentes, que, ao se submeterem aos termos da transação, evitam a aplicação das sanções mais severas previstas na lei.

Nesse sentido, Eduardo Sens, baseado em situações enfrentadas no cotidiano da atuação do Ministério Público, refere-se às vantagens na adoção dos compromissos de ajustamento de conduta quando vislumbrados atos de improbidade administrativa a serem sancionados com “no máximo” multa<sup>73</sup>. Ademais, afirma não haver justificativa para a negação da validade do ajustamento de conduta, quando consensualmente se obtenha a mesma resposta a ser obtida com o processo judicial<sup>74</sup>.

Por outro lado, privar o Ministério Público da possibilidade de solução consensual e obtenção de sanções rápidas e efetivas, quando está diante de atos de improbidade considerados “de menor potencial ofensivo”, seria o mesmo que esvaziar o poder de o Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos (CF, art. 129, II)<sup>75</sup>.

Também já nos manifestamos pela aceitação do uso dos termos de ajustamento de conduta em casos de “pequena gravidade”. Nessas hipóteses, estariam sendo observadas questões de proporcionalidade na análise dos casos concretos, considerando principalmente o grau de reprovabilidade da conduta do agente ímprobo, o nível hierárquico e a reiteração da conduta<sup>76</sup>. Destarte, o ressarcimento dos danos pode se dar de maneira mais efetiva, com diminuição

---

<sup>72</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit.

<sup>73</sup> SANTOS, Eduardo Sens dos. TAC em improbidade administrativa. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Editaln-03-2012/Artigos/EduardoSensdosSantos.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2018, p. 6.

<sup>74</sup> Idem.

<sup>75</sup> Idem.

<sup>76</sup> DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBI, Eduardo. Solução extrajudicial de conflitos na proteção do patrimônio público e da probidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 994/2018, p. 49-66, ago. 2018.

do tempo de discussão da demanda, além de evitar a judicialização desnecessária e a resolução do conflito de forma pacífica e satisfatória.

Percebe-se que a adoção dessas novas técnicas de resolução de conflitos vem ganhando ampla aceção por parte da instituição ministerial. Tanto os Ministérios Públicos Estaduais quanto o Federal passaram a permitir a celebração de compromissos de justamentos de conduta em casos de improbidade que ensejaram pequenos danos ao Erário, com o conseqüente arquivamento do inquérito civil sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário<sup>77</sup>.

Tal cenário ficou ainda mais claro, em 2017, com a edição de atos normativos pelos Conselhos Superiores do Ministério Público do Estado do Paraná e de Minas Gerais. As Resoluções nºs 01/2017 e 03/2017, respectivamente, objetivaram o estabelecimento de parâmetros procedimentais e materiais à celebração de compromissos de ajustamento de conduta e os acordo de leniência.

Assim, instituíram critérios técnicos a serem observados para a aplicação das novas práticas autocompositivas, dentre os quais dispôs sobre a necessidade de o compromisso versar sobre a recomposição do dano patrimonial causado, aliado à imposição de uma ou mais sanções cominadas ao caso, quando a devolução dos valores recebidos indevidamente ou o ressarcimento do dano não se mostrarem suficientes à repressão e à prevenção.

Seguindo essa tendência, em âmbito nacional, por meio da Resolução nº 179/2017, o Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou a celebração de compromissos de ajustamento de conduta pelos órgãos ministeriais. Contemplou, expressamente, no art. 1º, § 1º, a possibilidade de realização de termo de ajustamento de conduta nas hipóteses de improbidade administrativa: “É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado”.

---

<sup>77</sup> PEREIRA, Leydomar Nunes. Regulamentação de termos de acordo na improbidade administrativa: fundamentação constitucional e legal. 2018, 91f. Dissertação (Mestrado em Direito e Gestão de Conflitos) - Fundação Edson Queiroz Universidade de Fortaleza - Unifor. Fortaleza/CE, 2018. Disponível em: <<https://uol.unifor.br/uol/conteudosite/?cdConteudo=8532258>>. Acesso em: 28 jul. 2018, p. 76.

Ainda, encontra-se em trâmite, perante o Conselho Superior do Ministério Público Nacional, desde maio do ano de 2018, proposta de Resolução<sup>78</sup> para a instituição da possibilidade de celebração de ajustamento de conduta em procedimentos administrativos disciplinares em face dos próprios membros do Ministério Público. No corpo da proposta, argumentou-se que a utilização dos TACs mostram-se benéficos em decorrência da existência de diversas infrações administrativas de “menor potencial ofensivo” – aquelas cujas penas restringem-se à advertência, censura ou suspensão de 30 (trinta) dias –, cuja instauração de processo administrativo disciplinar reflete em altos custos para o Poder Público.

O Conselheiro Valter Shuenquener de Araújo, ao fazer a proposição, também argumentou pela necessidade de certa “coordenação entre os sistemas penal e administrativo sancionador, com vistas a evitar um quadro de sobreposição de sanções”, porque, às vezes, a sanção administrativa acaba sendo mais severa do que a penal – em decorrência da maior receptividade dos acordos na seara penal –, colocando-se em risco a estruturação do sistema de garantias<sup>79</sup>. Outro ponto que foi ressaltado refere-se à lentidão inerente aos processos disciplinares, em virtude da existência de um exponencial número de demandas, o que, por diversas vezes, faz com que a apuração das infrações e a possibilidade de aplicação das respectivas sanções fiquem fulminadas pelo advento da prescrição. Por fim, a proposta pautou-se especialmente na questão do caráter pedagógico que a celebração dos ajustamentos de conduta possui, dado que a realização do TAC, além de conferir celeridade à resolução do litígio, coage o compromissário a ajustar sua conduta, ficando adstrito à observância de deveres e proibições<sup>80</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Direito brasileiro, observa-se a gradual aceitação dos meios autocompositivos para a resolução de litígios. Apesar de resistências da sua aplicação quando são envolvidos interesses indisponíveis, é possível observar uma progressiva alteração nos posicionamentos tradicionais que se pautavam

<sup>78</sup> ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Proposta de Resolução, com o propósito de instituir a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta – TAC no âmbito do Ministério Público brasileiro, no exercício do poder disciplinar. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/tac.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2018.

<sup>79</sup> Idem.

<sup>80</sup> Idem.



pela não aceitação da possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta para as hipóteses de improbidade administrativa.

Apesar da vedação constante no art. 17, § 1º, da LIA para as ações de improbidade administrativa já ajuizadas, a legislação pátria tem admitido a realização de acordos envolvendo interesses públicos, uma vez que a adoção desses mecanismos propicia maior eficiência, celeridade e economia processual, sem comprometer as garantias fundamentais do devido processo legal, da ampla defesa, contraditório e duração razoável do processo, bem como se coaduna com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Com isso, evita-se a judicialização dos conflitos, e os litigantes passam a ser protagonistas da resolução das controvérsias. O Ministério Público ou o outro agente público legitimado torna-se um “mediador” dos conflitos, o que incentiva o diálogo e uma solução mais acertada e benéfica para a proteção do interesse público e social.

A propósito, somente no âmbito do Ministério Público do Estado do Paraná, de acordo com o levantamento realizado pela Subprocuradoria-Geral de Justiça para Assuntos de Planejamento Institucional (SubPlan), no mês de abril de 2019, o Conselho Superior já havia homologado, considerando o período de 2011 até 2018, o total de 6813 TACs, sendo que, desse montante, 1977 correspondem aos compromissos celebrados em matéria de improbidade administrativa.

Nesse cenário, são evidentes os benefícios decorrentes dessas novas formas de resolução de litígios. A adoção de novas técnicas autocompositivas na seara da improbidade administrativa, observando-se seus limites, viabiliza um significativo meio de combate aos atos ilícitos e imorais que atingem a coisa pública, resultando na efetiva proteção do patrimônio público e da probidade administrativa (CF, art. 37, § 4º).

Portanto, *de lege ferenda*, ainda que a vedação do art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa não impeça a realização de termo de ajustamento de conduta na esfera extrajudicial, tal regra precisa ser revogada pelo Congresso Nacional. Enquanto isso não acontece, contudo, é possível, pela interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, concluir pela admissibilidade da autocomposição nas hipóteses de improbidade administrativa com fundamento nas normas jurídicas mais recentes e da jurisprudência do STJ que asseguram tal possibilidade, em especial quando a conduta for de pequena monta, com

apoio nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência, ou, em circunstâncias especiais, quando da celebração de acordo de leniência, para se resguardar o princípio da unidade do injusto.

## REFERÊNCIAS

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. O microsistema de proteção da probidade administrativa e a construção da cidadania. In: *Livro de Teses – XX Congresso Nacional do MP*.

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; TESSEROLLI, Kelly Cristina Ferreira. *MP restaurativo e a cultura da paz: a Resolução CNMP 118/2014 e a construção de um novo perfil de atuação ministerial*. Disponível em: <[http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Teses\\_2015/SamiaBonavides\\_KellyTesserolli\\_Texto\\_Resolucao\\_118\\_2014\\_CNMP.pdf](http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Teses_2015/SamiaBonavides_KellyTesserolli_Texto_Resolucao_118_2014_CNMP.pdf)>. Acesso em: 17 ago. 2018.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcos Vargas. Ministério Público Resolutivo: o modelo contemporâneo de atuação institucional. *Revista dos Tribunais*, v. 982, ago. 2017.

\_\_\_\_\_; HAAS, Adriane; SCHMITZ, Nicole. Mediação de conflitos envolvendo direitos fundamentais sociais. *Revista de Processo*, v. 289, mar. 2019.

\_\_\_\_\_; SOUZA, Fernando Machado de. Resolução consensual de conflitos difusos e coletivos. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/383/317>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

CAPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, v. 74 [RT on line].

DALLA, Humberto; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Compromisso de ajustamento de conduta: atualidades e perspectivas de acordo com o projeto do novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 7, n. 7, 2016.

DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBI, Eduardo. Possibilidades de solução extrajudicial de conflitos na área da proteção ao patrimônio público e da tutela da probidade administrativa. Disponível em: <<https://congressonacional2017.amp.org.br/index/teses>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

\_\_\_\_\_; CAMBI, Eduardo. Solução extrajudicial de conflitos na proteção do patrimônio público e da probidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 994/2018, p. 49-66, ago. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FÁZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos na nas relações público-privadas: lei anti-improbidade empresarial e não lei anticorrupção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, a. 12, n. 47.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; GOMES, Luiz Flávio (Prefaciador) et al. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429, de 2 de junho de 1992*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual coletivo*. 2. ed. São Paulo: SRS, v. 1, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2016.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Tiago do Carmo. Conciliação em ação por improbidade administrativa. *Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre*, n. 76, fev. 2017. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/109233/conciliacao\\_acao\\_improbidade\\_martins.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/109233/conciliacao_acao_improbidade_martins.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2018.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

PEREIRA, Leydomar Nunes. Regulamentação de termos de acordo na improbidade administrativa: fundamentação constitucional e legal. 2018, 91f. Dissertação (Mestrado em Direito e Gestão de Conflitos) – Fundação Edson Queiroz Universidade de Fortaleza – Unifor. Fortaleza/CE, 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROCHA, Marcelo Dantas; ZAGANELLI, Margareth Vetis. O ajustamento de conduta em atos de improbidade administrativa: anacronismos na vedação da transação na lei brasileira. *Cadernos de Derecho Actual*, n. 7, 2017.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, Eduardo Sens dos. TAC em improbidade administrativa. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Editaln-03-2012/Artigos/Eduardo-SensdosSantos.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

TAKAHASHI, Bruno. A solução consensual de controvérsias e o art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 102, n. 927, p. 23-41, jan. 2013.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*, v. 251 [RT on line].

Submissão em: 14.04.2019

Avaliado em: 13.06.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 06.06.2019 (Avaliador B)

Aceito em: 13.08.2019



# FUNDEF E REPASSES TARDIOS AOS MUNICÍPIOS DECORRENTES DE DECISÃO JUDICIAL. A QUESTÃO DA VINCULAÇÃO CONSTITUCIONAL

*FUNDEF AND LATE PASSES TO MUNICIPALITIES ARISING FROM A  
JUDICIAL DECISION. THE CONSTITUTIONAL EARMARKING BUDGET  
ISSUE*

**Eduardo Rocha Dias<sup>1</sup>**

Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNIFOR,  
Fortaleza/CE, Brasil)

**Othoniel Alves de Oliveira<sup>2</sup>**

Mestrando em Direito Constitucional (UNIFOR, Fortaleza/CE, Brasil)

**ÁREA(S):** direito constitucional; direito financeiro; direitos fundamentais.

**RESUMO:** Trata o presente artigo de análise da aplicação dos recursos do Fundef repassados pelo Governo Federal por meio de transferências tardias de recursos em razão de decisão judicial aos Municípios. Traz como objetivo geral discutir como deve ocorrer a aplicação destes recursos,

haja vista a celeuma levantada pelos gestores municipais de que, por se tratar de recursos pagos anos depois da extinção do fundo, assim como por ter ocorrido o surgimento de novo fundo que abarca agora um espectro maior de financiamento educacional (Fundeb), teriam perdido a natureza vinculada prevista em suas normas de origem e se transmutado para natureza indenizatória, o que justificaria sua

<sup>1</sup> Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (Fortaleza/CE, Brasil) (Unifor). Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2007). Procurador Federal - categoria especial - da Advocacia-Geral da União. *E-mail:* eduardodias@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9095931754606099>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0972-354X>.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (2008). Graduado em Pedagogia pela Universidade Estadual do Ceará (2006). Agente Político do Ministério Público do Estado do Ceará. *E-mail:* otho.oliveira@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/1016841781800759>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6020-2531>.

utilização para custeio de qualquer tipo de despesa pública. Para além dessa discussão, também é abordada a questão envolvendo a contratação de advogados privados para ingressar com as ações, assim como se eles poderiam ser pagos com recursos advindos dessas transferências tardias do Fundef. O trabalho traz em sua primeira parte o histórico do financiamento da educação fundamental no País. Em um segundo momento, abordou-se o ponto da vinculação constitucional e legal dos recursos no âmbito do Fundef, esclarecendo e aprofundando o tema no que diz respeito a essa vinculação. Na terceira parte do trabalho, analisou-se a questão dos recursos repassados de forma tardia pelo Governo Federal aos Municípios em razão de decisões judiciais relativos ao Fundef e a divergência criada em torno de sua aplicação. Discutiu-se, também, nesse ponto, o item da contratação de escritórios de advocacia particulares para o ingresso de ações judiciais referentes ao tema.

**ABSTRACT:** *This article analyzes the application of Fundef resources transferred by the Federal Government to the municipalities through late transfers of resources as a result of court decision. It aims at discussing how the use of these funds should take place, given the excitement raised by the municipal managers, excitement justified in those funds being paid years after the fund's extinction. The emergence of a new fund (Fundeb), which covers a broader spectrum of educational funding, also adds to the conflict, as the funds would have lost the binding nature coming from its rules of origin and transmuted to indemnity, which could justify its use to fund any kind of public expenditure. Moreover, this article also addresses the issue of hiring private attorneys to file lawsuits, as well as whether they could be paid with funds from these late transfers from Fundef. Firstly, the article discusses the history of fundamental education financing in the country. Secondly, we approached the point of the constitutional and legal earmarking of resources within the scope of Fundef, clarifying and deepening the theme with regards to this connection. Lastly, we analyzed the issue of late-handed appeals by the Federal Government to the Municipalities due to Fundef's court decisions and the divergence created around its application. The hiring of private law firms for filing lawsuits related to this topic was also discussed.*

**PALAVRAS-CHAVE:** fundo de manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental e de valorização do magistério; transferências tardias; recursos; decisão judicial; vinculação.

**KEYWORDS:** *fund for the maintenance and development of elementary education; late passes; resources; court decision; earmarking budget.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O financiamento da educação no Brasil; 2 A discussão quanto ao destino a ser dado aos valores transferidos tardiamente pela União em face de decisão judicial aos Municípios; 3 Vinculação dos recursos do Fundef pagos

por meio de transferências tardias em razão de decisão judicial. Jurisprudência; Conclusão; Referências.

*SUMMARY: Introduction; 1 The financing of education in Brazil; 2 The discussion as to the destination to be given to the values transferred late by the Union in the face of judicial decision to the Municipalities; 3 Linking Fundef resources paid by late transfer due to court decision. Jurisprudence; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental (Fundef) veio à existência em 1996, por meio da Emenda Constitucional nº 14, de 12 de setembro de 1996, que deu nova redação ao art. 60 das Disposições Constitucionais Transitórias, determinando que, nos dez primeiros anos da promulgação da emenda, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, obrigatoriamente, teriam que destinar não menos de sessenta por cento dos recursos a que fazia alusão o *caput* do art. 212 da Constituição Federal, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, cujo objetivo era o de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério.

Regulamentando a norma constitucional, foi promulgada a Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, e, na sequência, o Decreto nº 2.264, de junho de 1997.

De um ponto de vista geral, a Constituição Federal exigia desde sua promulgação que os Estados e Municípios, de forma vinculada, deveriam gastar não menos de 25% das receitas com educação. O que a Emenda nº 14/1996 trouxe de inovação foi a determinação de que 60% desses recursos, a partir de então, ficariam reservados ao ensino fundamental.

Ocorre que, para alcançar os objetivos propostos, os recursos advindos dos orçamentos dos Estados e dos Municípios não eram suficientes, razão por que determinou também a Emenda que a União ficaria com a obrigação de complementar os recursos dos demais entes federados sempre que o valor por aluno não alcançasse o mínimo definido nacionalmente.

Apesar da determinação constitucional, ao longo de vários anos a União deixou de repassar os recursos nos valores devidos, o que levou os entes federados, notadamente os Municípios, a ingressarem no Judiciário cobrando a complementação desses valores repassados a menor. Tais ações judiciais



tramitaram por vários anos e instâncias, sendo que, a partir do ano de 2016, essas ações – julgadas procedentes – começaram a transitar em julgado, fazendo com que diversos Municípios recebessem acentuados valores, gerando, por consequência, uma discussão sobre a forma como tais recursos deveriam ser aplicados.

O presente artigo tem como objetivo discutir a questão da aplicação dos recursos do Fundef transferidos tardiamente pela União aos Municípios, em razão de decisão judicial, à luz das normas constitucionais e legais regentes da matéria. A discussão se dará em torno da origem do recurso e de sua natureza vinculada ou não. O que se tentará responder é se, por se tratar de recursos cuja origem é o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), os valores repassados aos Municípios por meio dessas transferências tardias em razão de decisão judicial mantêm sua natureza vinculada ou, por estarem sendo pagos pela via judicial anos depois, teria ocorrido alteração em sua natureza e, em razão disso, poderão ser utilizados para custear despesas de qualquer natureza.

Para tanto, em um primeiro momento, será traçado um histórico das normas que trataram da educação no Brasil e seu financiamento, especificamente o ensino fundamental.

Em um segundo momento, abordar-se-á a questão da vinculação constitucional e legal dos recursos no âmbito do Fundef, esclarecendo e aprofundando no que consistem as regras vinculantes.

Na terceira parte do trabalho, será analisada a questão dos recursos repassados tardiamente pelo Governo Federal aos Municípios relativos ao Fundef e a discussão criada em torno de sua aplicação. Discutir-se-á, também, nesse ponto, a questão da contratação de escritórios de advocacia particulares para o ingresso de ações judiciais referentes ao tema.

Partindo das experiências vividas e dos estudos realizados até o momento, a hipótese é que os recursos devem ser aplicados de forma vinculada; todavia, o aprofundamento do estudo sobre o tema visa examinar se este é ou não o caminho a ser adotado.

A pesquisa desenvolveu-se mediante abordagem qualitativa e dedicando-se à interpretação do fenômeno e à verificação de resultados da análise, valendo-

-se de pesquisa bibliográfica – em livros e periódicos da área – e documental na jurisprudência.

## 1 O FINANCIAMENTO DA EDUCAÇÃO NO BRASIL

O presente tópico tem como objetivo estabelecer as bases históricas do financiamento da educação no Brasil até se chegar ao surgimento do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental, estendendo-se ainda até o fundo de manutenção do ensino básico, que foi o sucessor do Fundef.

### 1.1 HISTÓRICO DO FINANCIAMENTO DA EDUCAÇÃO BRASILEIRA

Antes de qualquer discussão, é preciso ter em mente a ideia de que, ao falar de educação, está se falando de um direito universal do homem, cuja gênese remonta à Revolução Francesa. Isso foi tema abordado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e, também, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada em 1948 pela Organização das Nações Unidas após a Segunda Guerra Mundial e todas as suas trágicas consequências.

A DUDH previa<sup>3</sup> que todo ser humano tem direito à instrução, definindo ainda sua gratuidade e obrigatoriedade nos graus elementares e fundamentais. Além disso, tratou de prever a acessibilidade à instrução técnico-profissional, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

Ao prever obrigatoriedade e gratuidade da educação fundamental, percebe-se, desde este momento, já um direcionamento no sentido de que todos os Estados deveriam proporcionar aos seus cidadãos a educação de base.

Nesses termos, não há dúvidas de que a educação alcançou o *status* de direito fundamental, sendo certo que, em quase todos os países, atualmente, é ela garantida legalmente. A garantia desse direito pelas nações ocorre em razão de se ter compreendido que a educação é um pré-requisito para se alcançar a cidadania, já que é a partir disso que a pessoa passa a ter acesso aos bens culturais disponíveis. Ora, além de estar previsto nas normas que esse bem seja materialmente disponível às pessoas, necessário é que cada nação estabeleça políticas que garantam os mecanismos próprios para a sua efetiva fruição.

---

<sup>3</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 26: “Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional dever ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito”.

Vale lembrar, por sua importância, que os Países-membros da ONU, entre os quais o Brasil, adotaram formalmente, em 25 de setembro de 2015, a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável composta pelos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) – que substituem os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODMs) que vigoraram até o fim de 2015. De acordo com o Secretário-Geral da ONU, trata-se de “uma promessa dos líderes para a sociedade mundial. É uma agenda para acabar com a pobreza em todas as suas formas, uma agenda para o planeta”<sup>4</sup>.

Um dos objetivos da Agenda<sup>5</sup>, o de número 4, diz respeito à educação. Por ele, os países se comprometeram a assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e a promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todas e todos. Cuida-se de, até o ano de 2030, garantir que todas as meninas e meninos completem o ensino primário e secundário livre, equitativo e de qualidade, que conduza a resultados de aprendizagem relevantes e eficazes, além de prever melhorias por meio de políticas de educação e formação profissional para pessoas vulneráveis, incluindo as pessoas com deficiência, os povos indígenas e as crianças em situação de vulnerabilidade, entre outros.

No Brasil, todas as constituições abordaram o tema da educação. A primeira Constituição – de 1824 – previa, em seu art. 179, inciso XXXII<sup>6</sup>, que a “instrução primária e gratuita a todos” era um dos instrumentos para a garantia da inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> GUIA A Fome no Mundo: causas, consequências e soluções para um mal que assola o planeta. *On-Line* Editora, 2016.

<sup>5</sup> “Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável composta pelos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS): 4.1 Até 2030, garantir que todas as meninas e meninos completem o ensino primário e secundário livre, equitativo e de qualidade, que conduza a resultados de aprendizagem relevantes e eficazes; 4.2 Até 2030, garantir que todas as meninas e meninos tenham acesso a um desenvolvimento de qualidade na primeira infância, cuidados e educação pré-escolar, de modo que eles estejam prontos para o ensino primário; 4.3 Até 2030, assegurar a igualdade de acesso para todos os homens e mulheres à educação técnica, profissional e superior de qualidade, a preços acessíveis, incluindo universidade. [...]” (Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/ods4/>>)

<sup>6</sup> Constituição Política do Imperio do Brazil/1824, art. 179: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: [...] XXXII. A Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos”.

<sup>7</sup> NOGUEIRA, Octaciano. *Constituição de 1824*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

A Constituição de 1891 abordou o tema da educação somente prevendo competência para o Congresso Nacional tratar do tema em legislação infraconstitucional, de forma privativa quando se tratasse de educação superior e não privativa quando se tratasse dos demais níveis (arts. 34 e 35<sup>8</sup>).

Na Carta de 1934, houve a preocupação com um plano nacional de educação, tendo sido atribuída competência ao Conselho Nacional de Educação para sua elaboração, plano que deveria criar sistemas educativos nos Estados, órgãos de composição, além de prever a destinação de recursos para a manutenção e o desenvolvimento do ensino. Importante ressaltar aqui que houve também o estabelecimento de imunidade de impostos para estabelecimentos particulares de ensino, de liberdade de cátedra e de auxílio a alunos necessitados, além de determinação de provimento de cargos do magistério oficial mediante concurso<sup>9</sup>.

A Constituição de 1937 não trouxe grandes inovações; ao contrário, houve retrocesso em diversas áreas, inclusive no campo da educação. Nesse âmbito específico, por exemplo, extinguiu-se a vinculação obrigatória de recursos para a pasta, embora fosse obrigatório e gratuito o ensino primário (arts. 129 e 130<sup>10</sup>).

---

<sup>8</sup> Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil/1891, art. 34: “Compete privativamente ao Congresso Nacional: [...] 30. Legislar sobre a organização municipal do Distrito Federal, bem como sobre a polícia, o ensino superior e os demais serviços que na Capital forem reservados para o Governo da União”; art. 35: “Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente: [...] 3º) criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados; 4º) prover a instrução secundária no Distrito Federal”.

<sup>9</sup> DEMARCHI, Clovis. Autonomia do direito educacional. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29277-29295-1-PB.pdf>>. Acesso em: 7 mar. 2018.

<sup>10</sup> Constituição dos Estados Unidos do Brasil/1937, art. 129: “A infância e a juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais. O ensino pré-vocacional profissional destinado às classes menos favorecidas é, em matéria de educação, o primeiro dever de Estado. Cumpre-lhe dar execução a esse dever, fundando institutos de ensino profissional e subsidiando os de iniciativa dos Estados, dos Municípios e dos indivíduos ou associações particulares e profissionais. É dever das indústrias e dos sindicatos econômicos criar, na esfera da sua especialidade, escolas de aprendizes, destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados. A lei regulará o cumprimento desse dever e os poderes que caberão ao Estado, sobre essas escolas, bem como os auxílios, facilidades e subsídios a lhes serem concedidos pelo Poder Público”; art. 130: “O ensino primário é obrigatório e gratuito. A gratuidade, porém, não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, será exigida

Em 1946 – saindo da Ditadura –, recuperam-se um pouco as conquistas das Cartas de 1891 e, principalmente, de 1934. Definiu-se ali a competência legislativa da União sobre diretrizes e bases da educação nacional. Reservou-se aos Estados competência residual sobre matéria educacional de seus sistemas de ensino. A ideia de educação pública era prevalente, embora tenha sido permitida a livre iniciativa no campo educacional. Estabeleceu-se o ensino primário obrigatório e gratuito, a liberdade de cátedra e a exigência de concurso para provimento dos cargos não só nos estabelecimentos superiores oficiais, mas também nos livres. Importante ressaltar a novidade da previsão de vinculação de recursos para a manutenção e o desenvolvimento do ensino<sup>11</sup>.

Com a Constituição de 1967 foi mantida a estrutura organizacional da educação nacional, preservando os sistemas de ensino dos Estados. Apesar de se notar avanços, também se percebe retrocessos, como o fortalecimento do ensino particular, inclusive mediante previsão de substituição do ensino oficial gratuito por bolsas de estudo, necessidade de bom desempenho para garantia da gratuidade do ensino médio e superior aos que comprovassem insuficiência de recursos, limitação da liberdade acadêmica pela fobia diante de ideias consideradas subversivas e diminuição do percentual de receitas vinculadas para a manutenção e o desenvolvimento do ensino<sup>12</sup>.

Finalmente, com a Constituição de 1988 – que restabeleceu o Estado Democrático de Direito – ampliou-se o rol dos direitos sociais, entre os quais se insere o direito à educação, definindo com mais precisão as atribuições do Poder Público. Foram dedicados à educação os arts. 202 a 214 da Seção I do Capítulo III – Da Educação, da Cultura e do Desporto, do Título VIII – Da Ordem Social, além do art. 60 das Disposições Constitucionais Transitórias.

---

aos que não alegarem, ou notoriamente não puderem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar”.

<sup>11</sup> Constituição dos Estados Unidos do Brasil/1946, art. 5º: “Compete à União: [...] d) diretrizes e bases da educação nacional; [...]”; art. 6º: “A competência federal para legislar sobre as matérias do art. 5º, nº XV, letras b, e, d, f, h, j, l, o e r, não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar. [...]”; art. 166: “A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana”; art. 167: “O ensino dos diferentes ramos será ministrado pelos Poderes Públicos e é livre à iniciativa particular, respeitadas as leis que o regulem”; art. 168: “A legislação do ensino adotará os seguintes princípios: I – o ensino primário é obrigatório e só será dado na língua nacional; II – o ensino primário oficial é gratuito para todos; o ensino oficial ulterior ao primário sê-lo-á para quantos provarem falta ou insuficiência de recursos”.

<sup>12</sup> TEIXEIRA, Diogo de Vasconcelos; VESPÚCIO, Carolina Rocha. O direito à educação nas Constituições brasileiras. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 19, n. 4117, p. 10, 9 out. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v23n80/12927.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2018.

De acordo com os estudiosos da área educacional, a declaração do direito à educação, definida de forma detalhada e específica na Constituição Federal de 1988, representou um salto no que diz respeito à qualidade em relação à regulamentação anterior, tendo os direitos sido fixados com maior precisão em sua redação, introduzindo-se, até mesmo, os instrumentos jurídicos para a sua garantia. Ocorreu, pois, o que se costuma denominar de “salto histórico de qualidade” às normas anteriores<sup>13</sup>.

Entre as muitas inovações da Constituição de 1988, destacam-se as previsões do art. 208, que, em sua redação original, previa que o dever do Estado com a educação deveria ser efetivado mediante a garantia de: ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; atendimento ao educando, no ensino fundamental, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

O mesmo texto seguiu definindo que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito (fundamental) seria, a partir de então, direito público subjetivo, trazendo ainda a consequência de que “o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importaria responsabilidade da autoridade competente”.

Como se pode ver, em alguma medida, todas as constituições garantiram o direito à educação. Todavia, sabe-se que, para que um direito seja garantido, sua previsão em uma norma é apenas um passo. Embora saiba-se que todos os direitos de responsabilidade dos Poderes Públicos dependam de planejamento e previsão nos orçamentos públicos, espera-se que os governantes pensem a educação como prioridade e, nesse sentido, possam destinar o máximo possível de recursos para assegurar esse direito a seus cidadãos. Como bem aponta a doutrina, e isso jamais pode ser esquecido por quem estuda o tema, sem dúvida que todos os direitos, não só os denominados de segunda geração, demandam custo:

---

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O direito à educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça. *Revista Brasileira de Educação*, n. 11, p. 61-74. 1999.

Na esteira da obra de Holmes e Sustain e de acordo com a posição entre nós sustentada por autores como Ingo Sarlet e Flávio Galdino, todos os direitos fundamentais são direitos prestacionais, inclusive os direitos de primeira dimensão, que exigem, para que sejam efetivados, um conjunto de medidas positivas que envolvem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para proteger, assegurar e garantir tais direitos. Deste modo, a defesa corrente da irrelevância econômica dos direitos de primeira dimensão demonstra, na verdade, uma opção político-ideológica pela concretização de tais direitos, bem como se constitui uma forma de manter, sob a falsa aparência da neutralidade, os critérios jurídicos tradicionais de alocação de recursos e distribuição de bens.<sup>14</sup>

No que diz respeito à educação brasileira e sua efetivação às pessoas, vê-se que a gratuidade tem previsão desde as primeiras constituições, vinculando essa gratuidade, quase sempre, ao ensino ou à instrução primária e, mais recentemente, ao ensino fundamental. Cite-se, a título de exemplo, a primeira LDB – Lei nº 4.024, de 1961 – e a Lei nº 5.692, de 1971<sup>15</sup>.

Ao longo dessa trajetória histórica, os entes federados sempre tiveram grandes dificuldades em cumprir essas previsões por diversas causas, destacando-se como principal a escassez de recursos para o seu custeio.

Como supracitado, em 1988 a Constituição Federal tornou o acesso ao ensino obrigatório e gratuito um direito público subjetivo e um dever do Estado e da família, ao mesmo tempo em que estabeleceu a punição aos gestores que

---

<sup>14</sup> ALVES, Abner Duarte; MASTRODI NETO, Josué. Sobre a teoria dos custos dos direitos. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 715, 2016.

<sup>15</sup> A Lei nº 4.024/1961 foi a primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação, elaborada no Brasil, sem qualquer preocupação com o ensino básico. À época ocorreu extenso debate no Congresso Nacional por mais de uma década e, ao fim, tal lei não alcançou as expectativas. A Lei nº 4.024/1961 era uma lei inócua, tal qual é a Lei nº 9.394/1996 atualmente em vigor, mas vale lembrar também que antes disso não havia no Brasil uma lei específica para a educação. Já a Lei nº 5.692/1971 cuidava da reforma do ensino de 1º e 2º graus e direcionou suas determinações a contenção do movimento operário e a institucionalização da formação profissionalizante necessária ao incremento da produção ambicionada pela burguesia industrial e ancorada na qualificação mínima dos trabalhadores industriais (SAVIANI, Dermeval. *Pedagogia histórico-crítica: primeiras aproximações*. 6. ed. Campinas/SP: Autores Associados, 1997).

não tomassem as medidas para a efetivação desse direito – art. 208 da CF/1988 c/c o art. 4º da LDB<sup>16</sup>.

Conforme previsão das normas atualmente em vigor, é competência dos Municípios atuarem prioritariamente na educação infantil e no ensino fundamental. Para os Estados, reservou-se a obrigação de assegurar o ensino fundamental e oferecer, prioritariamente, o ensino médio. À União cabe a organização do sistema de educação superior, além do apoio técnico e financeiro aos demais entes federados – arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 9.394/1996<sup>17</sup>.

Para o financiamento da educação em todos os seus níveis, as Constituições Federais, normalmente, estabeleciam de forma vinculada percentuais dos orçamentos dos entes federados. A Carta Constitucional de 1988 estabeleceu o percentual de 18% para a União, 25% para os Estados e Distrito Federal e 25% para os Municípios (art. 212). Nos anos seguintes à promulgação da Carta de 1988, percebeu-se nos entes federados menores (Municípios) a necessidade crescente de recursos, já que, como se sabe, seus orçamentos são ínfimos e não são suficientes para o cumprimento de seus deveres constitucionais na área educacional. Surge daí a ideia de criação de um fundo que pudesse custear a educação fundamental.

<sup>16</sup> Constituição da República Federativa do Brasil/1988, art. 208: “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo; § 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”. Lei nº 9.394/1996, art. 5º: “O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigi-lo. [...] § 3º Qualquer das partes mencionadas no *caput* deste artigo tem legitimidade para peticionar no Poder Judiciário, na hipótese do § 2º do art. 208 da Constituição Federal, sendo gratuita e de rito sumário a ação judicial correspondente. § 4º Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade”.

<sup>17</sup> Lei nº 9.394/1996, art. 8º: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão, em regime de colaboração, os respectivos sistemas de ensino. [...]”; art. 9º: “A União incumbir-se-á de: [...] IX – autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino. [...] § 3º As atribuições constantes do inciso IX poderão ser delegadas aos Estados e ao Distrito Federal, desde que mantenham instituições de educação superior”; art. 10: “Os Estados incumbir-se-ão de: [...] VI – assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o ensino médio a todos que o demandarem, respeitado o disposto no art. 38 desta Lei”; art. 11: “Os Municípios incumbir-se-ão de: [...] V – oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino”.



## 1.2 O FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL (FUNDEF)

O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental (Fundef) veio à existência em 1996, por meio da Emenda Constitucional nº 14, de 12 de setembro de 1996, que deu nova redação ao art. 60 das Disposições Constitucionais Transitórias, determinando que, nos dez primeiros anos da promulgação da emenda, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios obrigatoriamente teriam que destinar não menos de sessenta por cento dos recursos a que fazia alusão o *caput* do art. 212 da Constituição Federal, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, cujo objetivo era o de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério.

Regulamentando a norma constitucional, foi promulgada a Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, e o Decreto nº 2.264, de junho de 1997. O Fundef foi implantado nacionalmente em 1º de janeiro de 1998, quando passou a vigorar a nova sistemática de redistribuição dos recursos destinados ao ensino fundamental. O que a Emenda nº 14/1996 trouxe de inovação, além da criação do fundo, foi a determinação de que 60% desses recursos, a partir de então, ficariam reservados exclusivamente ao ensino fundamental.

Quanto à utilização do Fundef no que diz respeito ao objeto elegível para a realização de gastos, os recursos destinavam-se, como o próprio nome revelava, exclusivamente ao ensino fundamental, os quais deveriam ser aplicados, além do pagamento de profissionais do magistério, nas despesas enquadradas como “manutenção e desenvolvimento do ensino” (art. 70 da Lei Federal nº 9.394/1996<sup>18</sup> - LDB).

---

<sup>18</sup> Lei nº 9.394/1996, art. 70: “Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a: I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação; II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino; III - uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino; IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino; V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino; VI - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas; VII - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo; VIII - aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar”.

Determinava a Lei do Fundef que os recursos deveriam ser divididos em duas parcelas-percentuais: 60% (sessenta por cento) no mínimo destinados à remuneração do magistério e 40% (quarenta por cento) no máximo destinados às despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental (art. 7º da Lei nº 9.424<sup>19</sup>, de 24 de dezembro de 1996, e Resolução nº 3, de 08.10.1997, do Conselho Nacional de Educação).

A parcela mínima de 60% destinava-se à remuneração dos profissionais da educação atuantes no ensino fundamental (regular, especial, indígena ou supletivo), incluindo-se professores (inclusive os leigos) e outros profissionais que desenvolvessem suas funções no suporte pedagógico (direção, administração, planejamento, inspeção, supervisão e orientação educacional – desde que em efetivo exercício).

A lei permitiu à época que, no desenrolar dos primeiros 5 anos de vigor do Fundef (de 1997 a 2001), parte dos recursos da fatia de 60% fosse utilizada para a capacitação de professores leigos, sendo essa utilização definida pelo próprio governo (estadual ou municipal) de acordo com suas necessidades.

A parcela de 40% se destinava a custeio de outras despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental (máximo de 40% do Fundef), cuja definição era dada pelo art. 70 da Lei nº 9.393/1996 (LDB).

Uma das características principais dos recursos do Fundef era a regra de vinculação, a significar que os valores referentes a seus recursos, sob nenhuma hipótese, poderiam custear qualquer outro tipo de despesa (mesmo que educacional) que não estivesse diretamente ligada ao ensino fundamental.

## **2 A DISCUSSÃO QUANTO AO DESTINO A SER DADO AOS VALORES TRANSFERIDOS TARDIAMENTE PELA UNIÃO EM FACE DE DECISÃO JUDICIAL AOS MUNICÍPIOS**

Com a definição de que a União teria que repassar (a título indenizatório) verbas oriundas do Fundef referentes a exercícios anteriores, iniciou-se ampla

---

<sup>19</sup> Lei nº 9.424, art. 7º: “Os recursos do Fundo, incluída a complementação da União, quando for o caso, serão utilizados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, assegurados, pelo menos, 60% (sessenta por cento) para a remuneração dos profissionais do Magistério, em efetivo exercício de suas atividades no ensino fundamental público. Parágrafo único. Nos primeiros cinco anos, a contar da publicação desta Lei, será permitida a aplicação de parte dos recursos da parcela de 60% (sessenta por cento), prevista neste artigo, na capacitação de professores leigos, na forma prevista no art. 9º, § 1º”.

discussão sobre o destino que deveria ser dado aos recursos de tais indenizações. De um lado os Municípios – e seus gestores – manifestaram a intenção de utilização dos recursos para o custeio de despesas em áreas diversas da educação. Do outro, o segmento educacional, apoiado por seus sindicatos, pelo Ministério Público Federal e Estadual e por muitos Tribunais de Contas, passou a defender a tese de que os recursos são vinculados.

Neste tópico pretende-se, inicialmente, destacar a origem dos recursos repassados tardiamente pela União aos Municípios em cumprimento de decisão judicial e, na sequência, analisar a destinação que deve ser dada aos recursos advindos dessa verba. De um lado, verificar-se-ão os fundamentos sobre os quais se firmam as ideias dos que entendem que os recursos podem ser aplicados em qualquer natureza de despesas. De outro, além de apontar no que consiste a vinculação dos recursos, serão examinadas as razões apresentadas por aqueles que entendem que essa vinculação abrange também os valores oriundos das transferências tardias em razão de decisão judicial.

## **2.1 A ORIGEM DOS RECURSOS DO FUNDEF REPASSADOS TARDIAMENTE PELA UNIÃO AOS MUNICÍPIOS EM CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL**

Para alcançar os objetivos propostos, principalmente o de oferta de ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria, os recursos advindos dos orçamentos dos Estados e Municípios (que formavam o Fundef) claramente não eram suficientes, razão pela qual, desde a criação do fundo, a emenda constitucional determinou que a União ficaria com a obrigação de complementar os recursos dos demais entes federados sempre que seus orçamentos não fossem suficientes para o custeio. O cálculo se baseava no valor por aluno (que era calculado pelo FNDE), multiplicando-se pela quantidade de alunos em cada Unidade da Federação.

Ocorre que, ao realizar o cálculo do valor por aluno a ser complementado, a União o fez utilizando como base a média de valor regional (menor) quando deveria tê-lo feito com base no valor médio nacional, o que resultou em um repasse menor no valor da complementação.

Dessa forma, ao longo de vários anos, a União deixou de repassar os recursos nos valores devidos, o que levou os entes federados, notadamente

os Municípios, a ingressarem no Judiciário cobrando a complementação dos valores repassados a menor referente a vários exercícios financeiros (1998 a 2006). As causas tramitaram por vários anos na Justiça Federal e, após acirrada discussão nos Tribunais, essas ações foram, em regra geral, julgadas procedentes, tendo, dessa forma, sido a União condenada a pagar aos Estados e Municípios a diferença. Embora a maioria das ações tenham tramitado na Justiça Federal, há algumas ações (Ações Cíveis Originárias – ACOs 648, 660, 669 e 700) em que vários Estados (Bahia, Amazonas, Sergipe e Rio Grande do Norte) ingressaram diretamente junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), as quais também foram julgadas procedentes. Embora a decisão do STF alcançasse apenas os Estados referidos, ficou definido nas discussões do Supremo o mérito da controvérsia de forma definitiva.

Dessa forma, o resultado das condenações da União nas ações judiciais é que deram origem a todos os valores que estão sendo – ou serão – pagos em breve por meio de precatórios, e é sobre a aplicação desses valores que se cinge a discussão.

Somente no Estado do Ceará, de acordo com notícia veiculada no *Jornal Diário do Nordeste*, no início de 2017 já haviam sido liberados precatórios para os seguintes Municípios: Juazeiro do Norte (R\$ 155 milhões), Canindé (R\$ 81,5 milhões), Acopiara (R\$ 53,5 milhões), Barbalha (R\$ 39,4 milhões), Itapajé (R\$ 38,7 milhões), Camocim (R\$ 34,4 milhões), Guaraciaba do Norte (R\$ 26,1 milhões), Brejo Santo (R\$ 22,1 milhões), Caridade (R\$ 18,9 milhões), Ubajara (R\$ 17,9 milhões), Paramoti (R\$ 17,8 milhões), Graça (R\$ 16,2 milhões), Piquet Carneiro (R\$ 11,7 milhões), Pacujá (R\$ 7,7 milhões) e Iracema (R\$ 5,8 milhões)<sup>20</sup>. Além disso, de acordo com o periódico, estariam para ser liberados tão logo fossem resolvidas algumas pendências legais, os precatórios para as Cidades de Tianguá, São Benedito, Santana do Cariri, Apuiarés, Itaiçaba e Itatira. Iniciava-se aqui a discussão a respeito de como e em que áreas (despesas) deveriam ser aplicados esses valores repassados tardiamente pela União aos entes federados em cumprimento de decisões judiciais.

---

<sup>20</sup> PEIXOTO, Marcus. TCM retém mais de meio bilhão de reais do Fundef para 20 prefeituras: sem planejamento, Tribunal se diz irredutível ao não liberar recursos devidos da União às cidades. *Diário do Nordeste*, 2017. Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/regional/tcm-retem-mais-de-meio-bilhao-de-reais-do-fundef-para-20-prefeituras-1.1707050>>. Acesso em: 7 mar. 2018.

## 2.2 A VISÃO DOS GESTORES MUNICIPAIS

Os Municípios que já receberam, assim como os que estão prestes a receber os recursos oriundos da União Federal em razão de decisão judicial, manifestaram e têm demonstrado a intenção de aplicar as verbas nas mais diversas naturezas de despesas. Os gestores dos Municípios contemplados têm indicado que pretendem utilizar tais recursos de forma livre e desvinculada da área de educação, sob o argumento de que esses valores não teriam mais a natureza de verba do Fundef.

O fundamento principal que os administradores têm utilizado para justificar esse entendimento diz respeito à natureza indenizatória (na visão deles) do recurso transferido. Argumentam que, durante os anos em que os recursos do Fundef foram repassados a menor – já que a União não repassou o quanto deveria ter repassado –, tiveram os Municípios que retirar de seus orçamentos (outras áreas) valores para fazer em face das despesas com o ensino fundamental, tendo, dessa forma, um *déficit* se formado nessas áreas ao longo desse período. Assim, nada mais fez a União que indenizar esses valores já antecipados pelos Municípios e, nesse caso, estariam autorizados a utilizar os recursos para custeio de despesas de qualquer área diversa da educação.

## 2.3 A VISÃO DO SEGMENTO EDUCACIONAL

Se, por um lado, os gestores advogam que os valores repassados seriam apenas uma indenização aos Municípios por recursos já antecipados ao longo dos anos em que o Governo Federal não cumpriu sua obrigação de repassar os valores devidos, o segmento educacional tem visão oposta.

Na visão dos educadores, não há que se falar em gastos dos recursos em áreas diversas da educação. Eles defendem seu ponto de vista argumentando que a regra da vinculação dos recursos do Fundef é inderrogável e não comporta exceção. Não importa a época em que os valores foram entregues aos Municípios, e sim a natureza do recurso. No caso, cuidando-se de recurso do fundo, há que seguir a mesma regra sob a qual o fundo se assenta e a norma constitucional e legal de regência dele é clara em indicar a vinculação.

Os educadores argumentam também que, ainda que se entendessem os valores como de natureza indenizatória, seriam indenizatórios do fundo e não de outras despesas, pois – afirmam – nenhum gestor jamais retirou recurso de qualquer outra área em favor de suprir deficiências no ensino fundamental; ao

contrário, pela ausência dos valores que não foram repassados, essa área sempre sofreu as consequências, tanto na área estrutural (despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino) que sempre foi precária, quanto em relação aos profissionais da educação com baixa remuneração. Dessa forma, concluem, se os recursos do Fundef devem indenizar alguma área, deve ser a educação e seguindo-se a regra vinculativa de ordem constitucional.

## **2.4 ANÁLISE DOS ARGUMENTOS: A NATUREZA INDENIZATÓRIA DOS RECURSOS E A VINCULAÇÃO DOS VALORES DO FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL (FUNDEF)**

O presente tópico pretende fazer análise dos argumentos levantados tanto pelos gestores municipais quanto os trazidos pelos representantes dos profissionais da educação.

Como já referido, os gestores municipais utilizam como argumento para defender a possibilidade de utilização dos recursos para custeio de despesas diversas da área educacional o fato de esses valores possuírem natureza indenizatória. Na visão dos gestores, durante a década em que vigorou o Fundef, o Governo Federal deixou de repassar uma parte dos valores a que era obrigado pela Constituição. Não o fazendo, alegam, os Municípios tiveram que complementar os recursos para a manutenção do ensino fundamental e, ao complementar tais valores, fizeram-no lançando mão de recursos de outras áreas, como saúde, infraestrutura, ação social, etc.

Analisando os argumentos apresentados, pode-se chegar a várias conclusões. Em primeiro lugar, do ponto de vista conceitual, indenizatório seria qualquer recurso que é repassado por um ente federativo a outro a título de reposição por valores despendidos pelo recebedor a título de prejuízos causados por ação ou omissão do primeiro. Normalmente, o termo se liga a questões salariais – verbas salariais e indenizatórias. No campo do direito trabalhista, financeiro e tributário, entende-se como indenizatória aquele valor a ser pago pelo empregador ao empregado em razão de gastos feitos pelo segundo quando a serviço em benefício do primeiro. De qualquer forma, no enfoque aqui tratado, entende-se inadequada a utilização do termo, já que, ao menos em princípio, a União não teria causado prejuízo aos Municípios.

Todavia, ainda que se admita que os recursos advindos tardiamente da União no contexto do Fundef, em razão de cumprimento de decisão judicial,

possuam natureza indenizatória, esse fato, por si só, não se presta a fundamentar a utilização das verbas em despesas de qualquer natureza. Ora, se as verbas são indenizatórias, significaria dizer que os gestores da época – de 1998 a 2006 – realizaram gastos/despesas com o ensino fundamental lançando mão de recursos de outras áreas e é isto efetivamente – como já dito – que alegam os gestores. Ocorre que tais atos de gestão são impossíveis do ponto de vista jurídico. Como se sabe, os orçamentos públicos se configuram como normas legais autorizativas de despesas públicas aos gestores para um determinado exercício. Salvo exceções, eles não podem a seu alvedrio retirar recursos de uma área e direcionar a outra. Como poderiam ter retirado recursos de áreas diversas da educação para aplicarem no ensino fundamental?

De qualquer forma, se o tiverem feito e se este ato foi autorizado legalmente na lei orçamentária ou mesmo por outra norma legal, é de se entender que, para que haja a reposição do recurso antes retirado de uma área, necessário é que haja uma demonstração objetiva de que isso realmente ocorreu. A exemplo, tendo-se retirado recurso da área da infraestrutura em um determinado exercício para utilização no ensino fundamental, para que esse recurso seja repostado, é imprescindível que se demonstrem os atos que efetivamente materializaram a retirada, inclusive por meio de demonstrações contábeis. De outra sorte, tendo em vista a natureza dos recursos do Fundef, como de qualquer fundo, se esse requisito (demonstração) não foi atendido, não há como defender a possibilidade de gastos dos recursos do Fundef em áreas diferentes da educacional. É importante trazer a lume que o administrador público se encontra absolutamente submetido aos princípios jurídicos, notadamente, nesta área, aos da legalidade e do orçamento.

Assim, nesse ponto específico é forçoso concluir que a utilização de recurso do Fundef repassado tardiamente pela União, em cumprimento de decisão judicial, para realização de gastos de área diversa da educação, somente seria possível com o cumprimento cumulativo dos seguintes requisitos: a) demonstração objetiva de que houve um gasto do ensino fundamental; b) demonstração objetiva de que o gasto foi efetivamente custeado com recurso advindo de área diversa da educação; c) havendo o gasto sido efetivamente realizado, se houve autorização legal e orçamentária.

Conforme já apontado, o segmento educacional entende que os recursos advindos de transferências tardias em cumprimento de decisão judicial devem ser utilizados exclusivamente na educação e fundamentam seu ponto de

vista no argumento de que os recursos do Fundef possuíam e ainda possuem natureza vinculada e, nesse sentido, não seria possível, sob nenhuma hipótese, a utilização do recurso em despesas de natureza diversa. Na sua visão, nem mesmo lei poderia autorizar tal desvio de rota de aplicação, já que a vinculação se encontra determinada pela Constituição Federal.

Nesse ponto, considera-se de suma importância, inicialmente, esclarecer no que consiste a vinculação constitucional de recursos oriundos das receitas estatais. Vinculação, de origem latina - *vinculu* -, traz a ideia de ligação de um objeto a outro. Juridicamente, possui o significado de dependência, subordinação ou um liame presente entre duas ou mais pessoas ou mesmo coisas<sup>21</sup>.

Pois bem, com a superação do Estado patrimonial ao Estado Social, as receitas que sustentavam a estrutura e os serviços que o ente prestava também mudaram sua configuração. Antes oriundas principalmente de rendas patrimoniais ou dominiais do governante e secundariamente dos tributos, inverte-se no novo modelo estatal, passando os tributos a constituírem a principal fonte de renda do Estado. Outra mudança que ocorre no atual modelo de Estado é a finalidade social que alguns tributos passam a ter como característica, o que impede que os recursos advindos deles sejam utilizados em outras destinações que não sejam aqueles vinculados a sua finalidade<sup>22</sup>.

Dessa forma, pode-se dizer que a vinculação constitucional de receitas diz respeito a uma determinação prevista pelo constituinte, originário ou derivado, a respeito do destino que deve ser dado a determinada receita estatal, vinculando o montante de seus recursos a despesas definidas no texto constitucional. Nesse sentido, tratando de vinculação no campo educacional, a doutrina específica:

[...] vinculação se constitui na determinação constitucional de aplicação de índices orçamentários de recursos tributários na educação (preferencialmente pública), pelas diferentes esferas administrativas. A Constituição Federal (CF) de 1934 foi a primeira a

<sup>21</sup> DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. *Vocabulário jurídico*. 15. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 866-67.

<sup>22</sup> CAMPOS, Luciana Ribeiro. *Direito orçamentário em busca da sustentabilidade: do planejamento à execução orçamentária*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015. p. 375.



expressar a vinculação de um percentual mínimo de recursos para a educação.<sup>23</sup>

Deve-se pontuar que, em regra, a vinculação é vedada, somente ocorrendo de forma excepcional e nas hipóteses expressamente previstas pelo constituinte, conforme dicção do próprio texto da Constituição<sup>24</sup>. Trata-se, inclusive, de princípio constitucional-orçamentário destacado pela doutrina que trabalha o direito financeiro e orçamentário:

A vedação constitucional, dirigida, sobretudo, ao legislador, de vincular a receita pública a despesas específicas é expressa na Carta Máxima Brasileira desde 1967, tendo sido alvo de modificações desde a Constituição de 1988. A existência do princípio [...] se fundamenta na reserva que proporciona ao Poder Legislativo e à própria Administração, em suas atividades discricionárias – mas sempre vinculadas –, em algum nível aos valores incorporados pela Constituição [...].<sup>25</sup>

A vinculação, assim, se fundamenta na importância acentuada de determinados valores considerados fundamentais pela Constituição e que, ao sentir do constituinte, merece não só a proteção comum que se dá a todos os bens por ela protegidos, mas uma proteção especial e que, como tal, deve ser promovida. Daí vincular ele determinadas receitas a um objetivo que define. Observe-se que essas vinculações, em sua maioria, se dão sobre áreas sensíveis, como saúde, educação, assistência social, etc. Veja-se o destaque doutrinário:

Além das vinculações tributárias, também se percebe que há uma forte tendência na política

---

<sup>23</sup> MENEZES, Janaina S. S. A vinculação constitucional de recursos para a educação: os (des)caminhos do ordenamento constitucional. *Revista HISTEDBR On-line*, Campinas, n. 30, p. 149-163, jun. 2008.

<sup>24</sup> CF/1988, art. 167: “São vedados: [...] IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)”.

<sup>25</sup> GRADVOHL, Michel André Bezerra de Lima. *Direito constitucional financeiro: direitos fundamentais e orçamento público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 122-123.

orçamentária brasileira de vinculação do orçamento ao atendimento de determinados valores protegidos constitucionalmente com despesas mandatórias, como a educação básica, a saúde, a pobreza, etc. Estas despesas passam a ser obrigatórias, não havendo, na fase de elaboração do orçamento, opção para que o Executivo promova a exclusão de citadas despesas de sua proposta orçamentária, como também não pode o Legislativo alterar ou anular referidas despesas quando da votação da proposta orçamentária.<sup>26</sup>

Com relação ao Fundef, a Constituição Federal de 1988 trouxe à época de sua instituição, a título inovador, a mudança da estrutura de financiamento do ensino fundamental no País (1ª a 8ª séries do antigo 1º grau), já que vinculou a esse nível de ensino uma parcela dos recursos constitucionalmente destinados à educação e, para isso, não só criou o fundo, que já seria suficiente para que seus recursos fossem vinculados a um fim específico pela própria natureza do instrumento, mas referiu-se textualmente a tal vinculação.

Como se sabe, genericamente, “fundo” pode ser conceituado como o produto de receitas específicas que, por lei, vincula-se à realização de determinados objetivos. A Lei nº 4.320/1964, recepcionada pela atual Constituição com *status* de lei complementar, em seu art. 71<sup>27</sup>, define tal instrumento, prevendo que constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

Nesse ponto, conclui-se que o arcabouço normativo não deixou nenhuma margem para que o gestor fizesse juízo de conveniência e oportunidade em sua execução. É dizer, pela norma constitucional de origem, os valores destinados a constituir o fundo já possuíam destinação definida, vinculada, o que foi seguida pela lei regulamentadora (art. 2º da Lei nº 9.424/1996<sup>28</sup>).

<sup>26</sup> CAMPOS, Luciana Ribeiro. *Direito orçamentário em busca da sustentabilidade: do planejamento à execução orçamentária*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015. p. 375.

<sup>27</sup> Lei nº 4.320/1964, art. 71: “Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação”.

<sup>28</sup> Lei nº 9.394/1996, art. 2º: “Os recursos do Fundo serão aplicados na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público, e na valorização de seu Magistério”.

Especificamente quanto ao Fundef, repise-se, a regra de vinculação tem esteio constitucional. De acordo com a Constituição Federal – art. 60 do ADCT (redação dada pela EC 14, de 1996)<sup>29</sup>, nos primeiros anos da promulgação da emenda, os entes federados (Estados, DF e Municípios) teriam que destinar nunca menos de sessenta por cento dos recursos destinados por eles à manutenção e ao desenvolvimento da educação (cujo objetivo maior era assegurar a universalização do ensino) e para a remuneração condigna do magistério.

Nos termos prescritos pela norma constitucional, os recursos deveriam ser utilizados da seguinte forma: a) uma fatia de até 40% dos valores ao custeio de despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental; b) 60% no mínimo com o pagamento dos professores do ensino fundamental em efetivo exercício no magistério (art. 60, § 1º da EC).

A Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, regulamentando a EC, dispôs sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, definindo a destinação exclusiva (arts. 2º e 7º<sup>30</sup>).

---

<sup>29</sup> Constituição Federal/1988, art. 60 do ADCT (redação dada pela EC 14 de 1996): “Nos dez primeiros anos da promulgação desta Emenda, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão não menos de sessenta por cento dos recursos a que se refere o *caput* do art. 212 da Constituição Federal, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996) § 1º A distribuição de responsabilidades e recursos entre os Estados e seus Municípios a ser concretizada com parte dos recursos definidos neste artigo, na forma do disposto no art. 211 da Constituição Federal, é assegurada mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, de natureza contábil. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996) § 2º O fundo referido no parágrafo anterior será constituído por, pelo menos, quinze por cento dos recursos a que se referem os arts. 155, inciso II; 158, inciso IV; e 159, inciso I, alíneas *a* e *b*; e inciso II, da Constituição Federal, e será distribuído entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos nas respectivas redes de ensino fundamental. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996) [...] § 5º Uma proporção não inferior a sessenta por cento dos recursos de cada fundo referido no § 1º será destinada ao pagamento dos professores do ensino fundamental em efetivo exercício no magistério. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996) [...] § 7º A lei disporá sobre a organização dos Fundos, a distribuição proporcional de seus recursos, sua fiscalização e controle, bem como sobre a forma de cálculo do valor mínimo nacional por aluno. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)”.

<sup>30</sup> Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, art. 2º, que previa a destinação exclusiva: “Os recursos do fundo serão aplicados na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público e na valorização de seu Magistério. [...]”; art. 7º: “Os recursos do fundo, incluída a complementação da União, quando for o caso, serão utilizados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, assegurados, pelo menos, 60% (sessenta por cento) para a remuneração dos profissionais do magistério, em efetivo exercício de suas atividades no ensino fundamental público [...]”.

Não há, pois, margem para discussão quanto ao destino da aplicação de receita oriunda do Fundef. O administrador não possuía e não possui nenhuma discricionariedade quanto ao destino de recursos oriundos dos fundos educacionais. A sua destinação foi determinada pela Constituição e pela respectiva lei de criação quanto à vinculação. Não cabia ao gestor gastar livremente o recurso, inclusive o previsto no § 3º do art. 60 do ADCT, que estabelecia a complementação da União, objeto das atuais decisões judiciais.

Ademais, pelas normas de direito financeiro, outra não pode ser a destinação. Se a natureza jurídica do Fundef, como já pontuado, é de fundo especial, conforme estabelecidos na Lei nº 9.424/1996<sup>31</sup>, tendo seus recursos tido utilização definida pela norma constitucional, não poderiam ter destinação diversa da apontada na norma de criação. Assim, deveriam ser aplicados no ensino fundamental público (em sua manutenção e seu desenvolvimento e na valorização dos profissionais do magistério). Essa orientação se coaduna com a Lei nº 4.320/1964 (art. 73)<sup>32</sup>, que estabelece que, mesmo em anos subsequentes ao do orçamento, os recursos devem obediência, na aplicação, à vinculação.

Assim, os recursos de exercícios que ficarem disponíveis apenas em exercícios seguintes continuam pertencentes ao Fundo. Não é o fato de se tratar de recurso de um exercício em outro que haverá destinação diversa<sup>33</sup>.

Relevante, ainda, pontuar que uma receita não recebida no exercício em que prevista passa a constituir, em regra, dívida ativa do ente federativo e, no caso específico abordado, ainda que se cuide de indenização, se configuraria como dívida ativa não tributária, sendo que, quando recebida, não perdem a natureza originária e, por via de consequência, a característica de vinculação (arts. 37 a 39 da Lei nº 4.320/1964).

Finalmente, importante, nesse aspecto, ainda, fazer referência à previsão da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF (LC 101/2001) -, que, ao tratar da

---

<sup>31</sup> Lei nº 9.424/1996, art. 1º: "É instituído, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, o qual terá natureza contábil e será implantado, automaticamente, a partir de 1º de janeiro de 1998".

<sup>32</sup> Lei nº 4.320/1964, art. 73: "Salvo determinação em contrário da lei que o instituiu, o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo".

<sup>33</sup> AGUIAR, Afonso Gomes. *Direito financeiro*. A Lei nº 4.210 comentada. 2. ed. Editora da UFC - Casa de José de Alencar Editorial, 1999.

execução orçamentária e do cumprimento de metas (art. 8º, parágrafo único<sup>34</sup>), estabelece que os recursos legalmente vinculados à finalidade específica devem ser aplicados de forma exclusiva a atender ao objeto de sua vinculação. Essa aplicação deve se dar, ainda que a execução da despesa ocorra em outro que não o exercício do recebimento da receita, como o caso dos recursos do Fundef, repassados tardiamente, de que se está a tratar, pois, como já dito, constitui-se em fundo especial, previsto constitucional e legalmente e, no caso dos valores advindos em face de sentença judicial, se referem a receitas de exercícios anteriores.

Comentando o parágrafo único do dispositivo da LRF mencionado, a doutrina destaca o aspecto da vinculação:

Quanto a esse parágrafo, em especial, ao aspecto primeiro de vinculação de recursos a finalidade específica, é bem de ver-se que, de início, sofre essa possibilidade marcada pela limitação constitucional, a teor do dispositivo do inciso IV do art. 167 da Carta Magna.

[...] A partir de agora, fica evidente, só podem ser utilizados para atender ao objeto de sua vinculação, claro que se tal existir, mesmo quando esses recursos, que se constituem superávit financeiro e, por isso, integrando o saldo patrimonial do ente, sejam utilizados no exercício subsequente, inclusive para servir de fonte para abertura de créditos suplementares e especiais.<sup>35</sup>

Dessa forma, todo o recurso advindo da complementação da União à época, por força do § 3º do art. 60 do ADCT, era um recurso vinculado. Pela mesma razão, tais recursos, ainda que transferidos tardiamente, devem continuar vinculados. O fato de o recurso ser pago por força de decisão judicial não altera sua natureza vinculada. Interpretar de forma contrária seria permitir que, em qualquer tipo de despesa, o gestor, uma vez não aplicando o percentual

---

<sup>34</sup> LC 101/2001, art. 8º: “[...] Parágrafo único. Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso”.

<sup>35</sup> LINO, Pedro. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal: Lei Complementar nº 101/2000*. São Paulo. Atlas, 2001.

vinculado à época por qualquer razão, ao aplicá-lo depois, poderia desvincular o recurso.

Repita-se, por sua importância, que a vinculação se deu por força constitucional (art. 212 da Constituição Federal de 1988 e art. 60 do ADCT - com a redação da EC 14/96). Não cabe, portanto, discricionariedade do gestor quanto à escolha de como aplicar o recurso. O fato de o Fundef não estar mais em vigor não altera tal interpretação. Primeiro, porque o recurso era devido à época em que o Fundef estava em vigor e não importa se o recurso somente foi ou está sendo pago em outra época. Ademais, em uma interpretação sistemática, tem-se que o fundo que veio a substituir o Fundef também manteve a mesma sistemática de vinculação. Por esse raciocínio, não pode ser dado destino diverso aos valores agora pagos, uma vez que, se a União os tivesse repassado corretamente naqueles anos, os recursos teriam necessariamente o mesmo fim: a educação.

Desse modo, entende-se não haver espaço para decisão do gestor de como o crédito será utilizado/aplicado, uma vez que a vinculação ora mencionada decorre da sua própria natureza de fundo, além de origem em norma constitucional. Além disso, quando a Constituição permite uma desvinculação de recursos, deve ser expressa, assim como já ocorreu com a Desvinculação de Recursos da União (DRU), sua prorrogação por meio da EC 93.

### **3 VINCULAÇÃO DOS RECURSOS DO FUNDEF PAGOS POR MEIO DE TRANSFERÊNCIAS TARDIAS EM RAZÃO DE DECISÃO JUDICIAL. JURISPRUDÊNCIA**

No presente tópico, far-se-á uma análise de como os Tribunais têm visto o tema sobre a aplicação dos recursos repassados tardiamente pela União a título de complementação do Fundef, em cumprimento de decisões judiciais aos Estados e Municípios.

#### **3.1 A QUESTÃO DA VINCULAÇÃO DOS RECURSOS À ÁREA EDUCACIONAL**

Antes de adentrar-se o exame da jurisprudência dos Tribunais, vale pontuar que, no âmbito administrativo, o Tribunal de Contas da União (TC 005.506/2017-4, de 23.08.2017<sup>36</sup>) fixou entendimento de que as verbas advindas da União a título

<sup>36</sup> Tribunal de Contas da União: “[...] Em relação à questão da vinculação da aplicação dos recursos do Fundef, conclui-se que o TCU, enquanto competente para fiscalizar a aplicação dos recursos da União repassados a título de complementação do Fundeb/Fundef, deve firmar entendimento no sentido

indenizatório referentes ao Fundef por meio de transferências tardias em razão de decisão judicial, por força de normativos legais e constitucionais, devem permanecer vinculados à educação.

Chamado a se manifestar sobre a questão da vinculação, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região esboçou entendimento de que os recursos devem ser utilizados exclusivamente na educação, quando expôs de forma categórica que os valores do Fundef não podem ser utilizados para outra finalidade (TRF 5ª R., Ap-Reex 00002309820144058302/AL, de 23.10.2014)<sup>37</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento de ações civis ordinárias promovidas pelos Estados do Maranhão, do Pernambuco e da Bahia e outros, se

---

de que, por força de normativos legais e constitucionais, tais recursos devem permanecer vinculados ao uso na manutenção e desenvolvimento do ensino" (TC 005.506/2017-4, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Data da Sessão: 23.08.2017 – Ordinária).

<sup>37</sup> "PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - VMAA - COMPLEMENTAÇÃO DOS RECURSOS - FUNDEF - FUNDEB - CONTADORIA - INEXISTÊNCIA DE EXCESSO - FORMA DE EXECUÇÃO DO JULGADO - VINCULAÇÃO À EDUCAÇÃO - RETENÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS - POSSIBILIDADE - *PER RELATIONEM* - 1. [...] 3. Embora se cuidando de verbas decorrentes de execução contra a Fazenda Pública, efetivamente, existe disposição legal (art. 60 do ADCT) que determina que os valores do Fundef, agora Fundeb, não podem ser utilizados para outra finalidade. 4. Na verdade, a ação ordinária objetivava justamente a complementação de tais valores, que não lhe foram transferidos voluntariamente, portanto, o crédito judicial equivale a uma indenização à Prefeitura, para a recomposição desses recursos devidos. 5. 'A embargante afirma a existência de fato novo consistente na substituição do Fundef pelo Fundeb, implicando em nova realidade educacional, impeditiva da utilização, na atualidade, do critério de distribuição do fundo extinto. Ressalte-se que, em um momento definido no tempo, a União descumpriu o dever de repasse de recursos a que estava obrigada e nisso repousa o dever de ressarcimento. As modificações no regime jurídico dos fundos da educação em momento posterior não alteram esse cenário e em nada influenciam a dívida que se originou sob a égide de uma disciplina jurídica que foi reconhecida como ilegal por sentença transitada em julgado. O único efeito, para essa demanda, do advento do Fundeb foi o de criar um marco final para a apuração das diferenças devidas aos Municípios, nada mais'. 6. 'No que tange ao excesso de execução, a inicial dos embargos apresenta o Parecer Técnico nº 0698-C/2013-NECAP/PRU5ªREGIÃO/AGU sob a alegação de que há excesso de execução no montante de R\$ 1.549.664,66 (um milhão, quinhentos e quarenta e nove reais, seiscentos e sessenta e quatro reais e sessenta e seis centavos), sob a alegação de o embargado/executeur ter utilizado o IPCA-E como fator de correção monetária quando o correto seria a TR (Taxa Referencial). Não possui razão a embargante, pois como ratifica a contadoria judicial em sua informação de fl. 167, o STJ fixou neste feito a utilização do IPCA-E como fator de correção monetária. Portanto, em relação ao excesso de execução, o pedido também será rejeitado'. 7. Possibilidade de retenção dos honorários advocatícios contratuais. 8. Apelação da União Federal e remessa oficial parcialmente providas." (TRF 5ª R., Ap-Reex 00002309820144058302/AL, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Manoel Erhardt, Data de Julgamento: 16.10.2014, Data de Publicação: 23.10.2014)

manifestou não somente pela procedência do pedido de condenação da União pelo dever de indenizar, mas também pela natureza vinculada dos recursos<sup>38</sup>.

No mesmo diapasão, o Superior Tribunal de Justiça, ao decidir se os recursos do Fundef transferidos em razão de decisão judicial poderiam ser utilizados em outras áreas fora de sua aplicação definida constitucionalmente, definiu de forma negativa no REsp 1409240.

Assim, não há mais controvérsia a respeito do destino a ser dado aos recursos oriundos do Fundef por meio de transferências tardias determinadas em decisão judicial. Tais recursos, nos termos da jurisprudência consolidada e antes referida, devem ser obrigatoriamente destinados a gastos exclusivos com a educação.

Por fim, um último ponto deve frisar. Definido que os recursos são exclusivos para a educação, dentro dessa aplicação vinculada, a subvinculação (40% para manutenção e desenvolvimento do ensino e 60% para remuneração dos profissionais da educação) é obrigatória. Aqui cabe afirmar que a subvinculação possui o mesmo fundamento da vinculação geral já reconhecida, pois possui assento constitucional e legal, como já bastante apontado ao longo do presente ensaio. Entende-se que ela deve ser cumprida nos termos postos nas normas constitucional e legal de regência. Todavia, lamentavelmente, o Tribunal de Contas da União entendeu que a totalidade dos recursos deve ser destinada exclusivamente para a manutenção e o desenvolvimento do ensino, ignorando a subvinculação dos 60% para os profissionais do magistério. A jurisprudência parece também caminhar nesse sentido.

---

<sup>38</sup> “DIREITO FINANCEIRO - FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E DE VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO - FUNDEF - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 14/1996 - COMPLEMENTAÇÃO DA UNIÃO - FUNÇÃO SUPLETIVA - VALOR MÍNIMO NACIONAL POR ALUNO - FIXAÇÃO - LEI Nº 9.424/1996 - DECRETO Nº 2.264/1997 - FORMA DE PAGAMENTO - OBRIGAÇÃO DE PAGAR - SISTEMÁTICA DOS PRECATÓRIOS - VINCULAÇÃO À FINALIDADE CONSTITUCIONAL DE ENSINO - DANO MORAL COLETIVO - 1. [...] 2. A complementação ao Fundef realizada a partir do valor mínimo anual por aluno fixada em desacordo com a média nacional impõe à União o dever de suplementação de recursos, mantida a vinculação constitucional a ações de desenvolvimento e manutenção do ensino. 3. [...] 8. O adimplemento das condenações pecuniárias por parte da União e respectiva disponibilidade financeira aos Autores vinculam-se à finalidade constitucional de promoção do direito à educação, única possibilidade de dispêndio dessas verbas públicas. 9. Ação cível originária parcialmente conhecida e, na parte conhecida, a que se dá parcial procedência.” (Ação Cível Originária nº 648, Bahia, Rel. Min. Marco Aurélio. Red. p/o Ac. Min. Edson Fachin, Data: 06.09.2017)



Embora não seja esse o entendimento que vem prevalecendo, não há dúvida de que os Municípios devem aplicar o recurso do Fundef, transferido tardiamente em cumprimento de decisão judicial, em manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental (40%) e reservando os outros (60%) para pagamento da remuneração de professores em efetivo exercício no ensino fundamental à época, pois esta é a vinculação estabelecida constitucional e legalmente.

### **3.2 O PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS COM RECURSOS ADVINDOS DE TRANSFERÊNCIAS TARDIAS DE RECURSOS DO FUNDEF EM RAZÃO DE DECISÃO JUDICIAL**

O presente tópico pretende discutir a questão dos pagamentos de honorários advocatícios pagos com recursos dos precatórios do Fundef transferidos tardiamente em cumprimento de decisão judicial. A questão deve ser posta sob dois ângulos: a) contratação de advogados privados para o ingresso de ações envolvendo a discussão do repasse a menor realizado pelo Governo Federal nos anos em que esteve em vigor o Fundef; b) contratados esses advogados, deve ser discutido o pagamento de honorários sucumbenciais e contratuais.

Inicialmente, cabe levantar o questionamento sobre a necessidade de contratação de advogados privados para o ingresso de ações envolvendo o Fundef, especificamente o repasse a menor durante os anos de vigência do fundo, tendo em vista que, como se sabe, os entes federativos possuem seus representantes jurídicos. Não se trata, no presente momento, de se discutir a forma de ingresso dos procuradores municipais – se cargo efetivo provido por concurso público ou cargo em comissão de livre nomeação, mas se há ou havia à época razões jurídicas que justificassem a contratação de advogados privados para o ingresso dessas demandas.

Tem-se defendido que o tema seria de alta complexidade e, em razão disso, exigiria a contratação de advogados ou de bancas advocatícias especializadas para o ingresso das ações. A se admitir esse argumento, surge outra discussão sobre a possibilidade da contratação desses profissionais de forma direta, isto é, sem a realização de um procedimento licitatório.

Em princípio, cabe apontar que, de acordo com entendimento exposto pelo Controle Interno da União – Controladoria-Geral da União, a apuração

dos valores referente à diferença do Fundef exige simplesmente a elaboração de planilhas Excel com fórmula padrão, que poderão ser utilizadas para todos os Municípios em cadeia, alterando-se somente os dados particulares de cada um: quantidade de alunos do censo escolar do ano anterior e o valor do Fundef recebido à época, para determinar a diferença a ser paga. Apontou ainda que “todas as variáveis necessárias para o cálculo já constam dos autos das ações propostas, sendo que a própria Justiça Federal determinou que o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE elaborasse os cálculos” (Nota Técnica nº 426/2017/CGU/NAE/MA/Regional/MA).

Dessa forma, é forçoso concluir que os argumentos de que há complexidade na causa a justificar a contratação de escritórios de advocacia especializados não se sustentam, sendo certo que os próprios representantes jurídicos dos Municípios poderiam e deveriam ter ingressado com as ações.

Por outro lado, ainda que se admitisse a contratação de profissionais da área privada para a propositura das ações, é evidente que estes deveriam ter sido contratados por meio de certames licitatórios na forma prevista na Lei nº 8.666/1993, requisitos que, se não foram cumpridos, têm o condão de tornar nulos os contratos firmados entre os Municípios e as respectivas bancas advocatícias. Ora, sendo a causa de baixa complexidade, como apontado pela Controladoria-Geral da União (CGU), não há que se falar em necessidade de contratação de profissionais especializados, como razão para realização de dispensas de procedimentos licitatórios (art. 25 c/c o art. 13 da Lei nº 8.666/1995).

Ademais, no âmbito administrativo, o entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União, do ponto de vista da vinculação dos recursos, é no sentido de que a destinação de valores tardiamente transferidos em razão de decisão judicial, relacionados a verbas do Fundef para o pagamento de honorários advocatícios, é inconstitucional, por ser incompatível com o art. 60 do ADCT, com a redação conferida pela EC 14/1996, bem como é ilegal, por estar em desacordo com as disposições da Lei nº 11.494/2007 (Acórdão nº 1824/2017, de 23.08.2017, Plenário).

Esse entendimento foi pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, que entendeu que as verbas oriundas do Fundef, transferidas tardiamente em cumprimento de decisão judicial, não podem remunerar honorários advocatícios

(STJ, REsp 1703697/PE, 2017/0113783-4, 1ª Seção, Rel. Min. Og Fernandes, J. 10.10.2018, DJe 26.02.2019)<sup>39</sup>.

No mesmo sentido vem compreendendo o Supremo Tribunal Federal, afirmando que as verbas oriundas do Fundef, transferidas tardiamente aos Estados e Municípios, em razão de decisão judicial, não podem ser utilizadas para pagamento de honorários advocatícios em razão de sua vinculação constitucional e legal<sup>40</sup>.

Dessa forma, neste ponto específico, é forçoso reconhecer que as contratações de advogados ou de bancas advocatícias para ingresso dessas ações são indevidas, tendo em vista que os Municípios e Estados possuem suas procuradorias jurídicas. Ademais, não há mais dúvida de que essas causas

<sup>39</sup> “PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO DE SENTENÇA – RETENÇÃO DA VERBA HONORÁRIA – CRÉDITO RELATIVO A DIFERENÇAS DO FUNDO DE MANUTENÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E DE VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO – FUNDEF – IMPOSSIBILIDADE – *AMICUS CURIAE* – INTEMPESTIVIDADE – INTERVENÇÃO COMO ASSISTENTE – AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO OU VIOLAÇÃO DE PRERROGATIVA INERENTE À CARREIRA DA ADVOCACIA – 1. [...] 7. Na execução, regra geral, é possível a requisição pelo patrono de reserva da quantia equivalente à obrigação estabelecida, entre si e o constituinte, para a prestação dos serviços advocatícios. A condição para isso é que o pleito seja realizado antes da expedição do precatório ou do mandado de levantamento, mediante a juntada do contrato. Orientação do STJ e do STF. 8. Esse entendimento, todavia, não é aplicável quando os valores a que tem direito o constituinte se refere a verbas decorrentes de diferenças do Fundef que a União deixou de repassar aos Municípios a tempo e modo. 9. O fato de determinada obrigação pecuniária não ter sido cumprida espontaneamente, mas somente após decisão judicial com trânsito em julgado, não descaracteriza a sua natureza nem a da prestação correspondente. Assim, uma vez que os valores relacionados ao Fundef, hoje Fundeb, encontram-se constitucional e legalmente vinculados ao custeio da educação básica e à valorização do seu magistério, é vedada a sua utilização em despesa diversa, tais como os honorários advocatícios contratuais. 10. Reconhecida a impossibilidade de aplicação da medida descrita no art. 22, § 4º, da Lei nº 8.906/1994 nas execuções contra a União em que se persigam quantias devidas ao Fundef/Fundeb, deve o advogado credor, apesar de reconhecido o seu mérito profissional, buscar o seu crédito por outro meio. 11. Recurso especial a que se dá provimento para negar o direito à retenção dos honorários advocatícios contratuais do crédito devido pela União.” (STJ, REsp 1703697/PE, 2017/0113783-4, 1ª Seção, Rel. Min. Og Fernandes, J. 10.10.2018, DJe 26.02.2019)

<sup>40</sup> “AGRAVO INTERNO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – CONSONÂNCIA DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM ENTENDIMENTO FIXADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE 636.978-RG (TEMA 422) – VINCULAÇÃO DE VERBAS DA UNIÃO PARA A MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO BÁSICA – INVIABILIDADE DO USO DOS RECURSOS PARA DESPESAS DIVERSAS – PROVIMENTO PARCIAL – 1. O acórdão não divergiu do entendimento firmado pelo Plenário desta Corte, no julgamento do mérito da repercussão geral reconhecida no RE 841.526-RG (Rel. Min. Luiz Fux, Tema 592). 2. As verbas do Fundef não podem ser utilizadas para pagamento de despesas do Município com honorários advocatícios contratuais. 3. Agravo interno a que se dá parcial provimento.” (ARE 1.066.281-AgRg/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 26.11.2018)

possuem baixa complexidade, o que desautoriza a contratação de profissional especializado. De qualquer forma, há que se finalizar dizendo que, no caso de profissionais que foram contratados e ingressaram com as ações, isto é, prestaram os serviços, devem ser remunerados (embora não o sejam com verbas do Fundef, transferidas em por decisão judicial), mesmo que essas contratações sejam eivadas de vícios, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública, o que não é admitido no ordenamento jurídico<sup>41</sup>.

## CONCLUSÃO

Após análise doutrinária e jurisprudencial do tema proposto, a conclusão a que se chega, como especificado em item 3, é que a hipótese aventada inicialmente se confirma. Os recursos oriundos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) repassados tardiamente aos Municípios em cumprimento de decisão judicial devem ser utilizados de forma vinculada, assim como previsto nas normas de regência.

No que se refere às alegações levantadas pelos gestores municipais de que os recursos repassados aos Municípios por meio de transferências tardias em razão de decisão judicial, por possuírem natureza indenizatória, superariam a regra da vinculatividade e, dessa forma, poderiam ser utilizados para custeio de quaisquer despesas, tal tese não encontra amparo nas normas constitucionais, legais ou jurisprudenciais.

A regra da vinculação dos recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) tem esteio em norma constitucional, que, ao criar o fundo, determinou que os recursos a ele destinados deveriam ser aplicados obrigatoriamente para remuneração dos profissionais da educação fundamental – mínimo de 60% – e custeio de despesas de manutenção desenvolvimento do ensino fundamental – máximo de 40%.

Constatou-se que a vinculação trata-se de um mandamento constitucional que direciona os recursos oriundos de determinadas fontes (tributos ou orçamentos) a específicos fins. Trata-se de exceção, pois a regra geral constitucional impõe a não vinculação de recursos oriundos de impostos. Verificou-se que a vinculação constitucional de receitas, de tributos ou de

<sup>41</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

outras fontes se fundamenta na acentuada importância dada pelo constituinte a determinados valores constitucionais, que, em sua avaliação, mereceriam uma proteção diferenciada. Daí decidir ele pela vinculação de especificadas receitas a um objetivo também definido, como ocorre em áreas sensíveis, como saúde, educação, entre outras.

Observou-se também que o Fundef se configura como um fundo especial criado pela Constituição e implementado pela legislação infraconstitucional, cuja natureza, nos termos das normas financeiras e orçamentárias (Lei nº 4.320/1964 e LC 101/2001), se destinam a receber receitas vinculadas e cuja destinação também é vinculada a objetivos definidos nas normas criadoras do referido fundo.

Verificou-se, ainda, que a jurisprudência, ao enfrentar a questão, se firmou no sentido de que as modificações no regime jurídico dos fundos da educação, em momento posterior, não alteram sua natureza e em nada influenciam a dívida que se originou sob a égide de uma disciplina jurídica que foi reconhecida como ilegal por sentença transitada em julgado, assim como que os recursos oriundos desses repasses tardios devem ser utilizados e administrados pela edilidade para a finalidade da educação (TRF 5ª Região). Foi essa também a conclusão firmada pelo Supremo Tribunal Federal, isto é, no sentido de que a verba efetivamente era devida pela União, devendo ser mantida a vinculação constitucional a ações de desenvolvimento e manutenção do ensino (ACO 648, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/o Ac. Min. Edson Fachin, Data: 06.09.2017).

Também conclui-se que a contratação, pelos entes federativos, de advogados privados (bancas de advogados) não encontra razão jurídica, já que, conforme estabelecido pelo Tribunal de Contas da União e pela Controladoria-Geral da União, cuidam-se de causas de baixa complexidade. Ademais, as contratações ocorridas não poderiam jamais ter sido levadas a cabo por meio de dispensas ou inexigibilidade de licitações exatamente em razão da ausência dos requisitos previstos na Lei de Licitações (arts. 24 e 25 c/c o art. 13), o que, tendo sido feito, tem o condão de eivar de nulidade os contratos firmados. Firmou-se também que – caso tenham havido contratações desses profissionais – seus honorários não poderão ser pagos com recursos do Fundef, tardiamente transferidos em cumprimento de decisão judicial, exatamente em razão da vinculação constitucional e legal estabelecida pelos recursos.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Afonso Gomes. *Direito financeiro*. A Lei nº 4.210 comentada. 2. ed. Editora da UFC – Casa de José de Alencar Editorial, 1999.

ALVES, Abner Duarte; MASTRODI NETO, Josué. Sobre a teoria dos custos dos direitos. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, 2016.

ALVES, M. T. G.; FRANCO, C. A pesquisa em eficácia escolar no Brasil: evidências sobre o efeito das escolas e fatores associados à eficácia escolar. In: BROOKE, N.; SOARES, J. F. (Org.). *Pesquisa em eficácia escolar: origem e trajetórias*. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2008. p. 482-500.

BOMENY, H. *O financiamento da educação na América Latina*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

BRASIL. Lei nº 10.172, de 10 de janeiro de 2001. Aprova o Plano Nacional de Educação. Brasília/DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110172.htm)>. Acesso em: 7 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília/DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 5 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério*. Brasília/DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9424.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9424.htm)>. Acesso em: 5 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb, de que trata o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; altera a Lei nº 10.195, de 14 de fevereiro de 2001; revoga dispositivos das Leis nºs 9.424, de 24 de dezembro de 1996, 10.880, de 9 de junho de 2004, e 10.845, de 5 de março de 2004; e dá outras providências. Brasília/DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111494.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111494.htm)>. Acesso em: 5 jun. 2018.

CAMPOS, Luciana Ribeiro. *Direito orçamentário em busca da sustentabilidade: do planejamento à execução orçamentária*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015.

DEMARCHI, Clovis. Autonomia do direito educacional. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29277-29295-1-PB.pdf>>. Acesso em: 7 mar. 2018.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. *Vocabulário jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRADVOHL, Michel André Bezerra de Lima. *Direito constitucional financeiro: direitos fundamentais e orçamento público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

*GUIA A Fome no Mundo: causas, consequências e soluções para um mal que assola o planeta*. On-Line Editora, 2016.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LINO, Pedro. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal: Lei Complementar nº 101/2000*. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Vicente. *Aspectos jurídicos-educacionais da carta de 1891. Âmbito Jurídico, Rio Grande, II, n. 7, nov. 2001*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5610](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5610)>. Acesso em: 7 mar. 2018.

MENEZES, Janaina S. S. A vinculação constitucional de recursos para a educação: os (des)caminhos do ordenamento constitucional. *Revista HISTEDBR On-line*, Campinas, n. 30, p. 149-163, jun. 2008.

NOGUEIRA, Octaciano. *Constituição de 1824*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O direito à educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça. *Revista Brasileira de Educação*, n. 11, p. 61-74, 1999.

PEIXOTO, Marcus. TCM retém mais de meio bilhão de reais do Fundef para 20 prefeituras: sem planejamento, Tribunal se diz irredutível ao não liberar recursos devidos da União às cidades. *Diário do Nordeste*, 2017. Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/regional/tcm-retem-mais-de-meio-bilhao-de-reais-do-fundef-para-20-prefeituras-1.1707050>>. Acesso em: 7 mar. 2018.

SAVIANI, Dermeval. *Pedagogia histórico-crítica: primeiras aproximações*. 6. ed. Campinas/SP: Autores Associados, 1997.

TEIXEIRA, Diogo de Vasconcelos; VESPÚCIO, Carolina Rocha. O direito à educação nas Constituições brasileiras. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 19, n. 4117, 9 out. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v23n80/12927.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2018.

Submissão em: 26.05.2019

Avaliado em: 22.07.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 23.07.2019 (Avaliador B)

Aceito em: 13.08.2019

# NOTAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

*NOTES ON CIVIL LIABILITY FOR THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE*

**Fabio Siebeneichler de Andrade**<sup>1</sup>

Doutor em Direito (Universidade de Regensburg, Alemanha)

**Lucas Girardello Faccio**<sup>2</sup>

Mestrando em Direito (PUCRS, Porto Alegre/RS, Brasil)

**ÁREA(S):** direito civil; responsabilidade civil.

**RESUMO:** O presente trabalho busca analisar a questão da responsabilidade civil decorrente de prejuízos resultantes de atos realizados por mecanismos dotados de inteligência artificial. O desenvolvimento dessa tecnologia, cada vez mais autônoma, faz com que se questione até que ponto pode ir a responsabilização dos seus desenvolvedores. A prática de atos imprevisíveis, até mesmo para seus programadores, gera dúvidas,

incertezas, acerca de quem deve responder por eventuais danos. Diante da novidade do tema, estudam-se as primeiras propostas para solucionar os casos de responsabilização envolvendo esses mecanismos. Utiliza-se o método de procedimento de pesquisa monográfico, bem como o método de interpretação jurídica exegético, que possibilitará o auxílio de técnicas de interpretação típicas do Direito (interpretação gramatical, lógica e histórica). Por conta de seus objetivos, a pesquisa pode ser classificada como exploratória, por buscar proporcionar

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg. Professor Doutor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, integra o corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Doutorado e Mestrado). *E-mail:* fabiosiebenandrade@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5144874187298158>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5562-349X>.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Advogado. Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. *E-mail:* lucas.g.faccio@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3589522984074011>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4074-7152>.



uma visão geral do tema. Espera-se proporcionar material de base para as futuras discussões acerca do assunto que, certamente, serão cada vez mais constantes diante da evolução da tecnologia.

**ABSTRACT:** *The present work seeks to analyze the issue of civil liability arising from damages resulting from acts carried out by mechanisms equipped with artificial intelligence. The development of this increasingly autonomous technology raises the question of the extent to which its developers can be held accountable. The practice of acts unpredictable even for its programmers, generates doubts, uncertainties, about who should respond for any damages. In this panorama and in the face of the novelty of the theme, the first proposals to solve the cases of accountability involving these mechanisms are studied. The method of a monographic research procedure is used, as well as the method of exegetical legal interpretation, which will allow the aid of interpretation techniques typical of law (grammatical, logical and historical interpretation). Because of its objectives, the research can be classified as exploratory, for seeking to provide an overview of the topic. It is hoped to provide background material for future discussions on the subject, which will certainly be increasingly consistent with the evolution of technology.*

**PALAVRAS-CHAVE:** inteligência artificial; responsabilidade civil por fato de outrem; regulação.

**KEYWORDS:** *artificial intelligence; civil liability for others fact; regulation.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Noções gerais sobre a inteligência artificial; 2 A regulamentação da responsabilidade civil da inteligência artificial; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 General concepts on artificial intelligence; 2 The regulation of civil liability of artificial intelligence; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

A essência da responsabilidade civil consiste em estabelecer consequências patrimoniais a uma pessoa, na hipótese em que sua conduta acarrete prejuízos a outrem<sup>3</sup>. Essa premissa concretiza-se na legislação, na medida em que a primeira preocupação do legislador consiste

---

<sup>3</sup> Ver, por exemplo, ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 6. ed. Lisboa: Almedina, 1994. p. 433; LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*. 15. ed. Munique: Franz Wahlen, 2017. p. 349.

em disciplinar a responsabilidade civil por fato próprio, conforme se verifica, por exemplo, do exame do art. 927 do Código Civil brasileiro.

A esta primeira ordem de regulação agrega-se outra, subsequente, a partir da circunstância de que o dano foi causado por outra pessoa, a quem não se pode imputar responsabilidade direta, ou então decorrente de uma coisa, vinculada a uma determinada pessoa.

Essa percepção de que o prejuízo deveria ser suportado, exclusivamente, pelo indivíduo, causador do dano, passa a ser superada a partir da revolução industrial, primeiramente com a decadência da noção de culpa e o subsequente e definitivo incremento da noção de risco<sup>4</sup>, que altera a concepção da responsabilidade civil<sup>5</sup>.

Trata-se de resolução destinada a superar uma solução que residiria na absorção do prejuízo pela vítima, na medida em que, hipoteticamente, não haveria a imputação do prejuízo a um responsável efetivamente causador do dano.

Por força disso, estendeu-se à responsabilização civil, para o fim de disciplinar, igualmente, as hipóteses de prejuízo, a partir da sua imputação ao responsável legal pelos terceiros causadores do dano (art. 932 do Código civil) e, por exemplo, ao proprietário do animal eventualmente causador de um prejuízo (art. 936 do Código Civil).

Contemporaneamente, o Direito depara-se com uma nova temática: a questão de saber como regular as consequências, especialmente os prejuízos eventualmente causados por força do emprego de mecanismos dotados de inteligência artificial, isto é, objetos capazes seja de compreender instruções dadas a eles, como também de “raciocinar” a partir das determinações fornecidas, reelaborando-as e, de certo modo, desenvolvendo suas “capacidades cognitivas”<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft – Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986. p. 28; ARGIROFFI, Alessandro; AVITABILE, Luisa. *Responsabilità, rischio, diritto e postmoderno*. 1. ed. Turim: G. Giappichelli, 2008. p. 199 e ss.; CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2016. p. 221-222.

<sup>5</sup> Ver, por exemplo, VINEY, Geneviève. De la responsabilité personnelle à la répartition des risques. *Archives de Philosophie de Droit*, t. 22, 1977. p. 5 e ss.

<sup>6</sup> Ver, por exemplo, OLIVEIRA, Antonio. *Inteligência artificial*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019. p. 59 e ss.; HERBERGER, Maximilian. Künstliche Intelligenz und Recht – ein Orientierungsversuch. *Neue Juristische Wochenschrift*, v. 39, 2018, p. 2825 e ss.

Trata-se, em essência, de uma ruptura com o quadro estabelecido, na medida em que a concepção prevalente consiste em enxergar os computadores como aparatos destinados a “obedecer” ou a seguir instruções que lhes são dadas.

Ao lado dos programas dotados de sistemas inteligentes, podem ser fabricados objetos passíveis de serem enquadrados nessa categoria, sobressaindo-se o robô, cuja utilização em alguns setores já se configura uma realidade<sup>7</sup>.

Essa profunda mudança de percepção suscita várias questões, como, por exemplo, a de saber se esse comportamento “inteligente” de programas e objetos será equivalente ao do ser humano.

No âmbito do presente trabalho, pretende-se, de forma exploratória, abordar um ponto restrito, vinculado ao âmbito da responsabilidade civil: verificar a questão de saber se os instrumentos jurídicos já existentes são suficientes para resolver os potenciais danos que poderão surgir – talvez com adaptações – ou se é necessário adotar novas soluções – sendo a mais provocativa delas a de atribuir personalidade jurídica própria ao robô – conforme já aventam algumas vozes<sup>8</sup>.

Não se trata, portanto, a fim de afastar quaisquer dúvidas a respeito, de examinar questões relacionadas à utilização da inteligência artificial no direito – tema que também interessa à doutrina jurídica<sup>9</sup>. Desse modo, em uma primeira parte, pretende-se delinear os contornos da noção de inteligência artificial (2) e, em uma segunda parte, as questões básicas relacionadas à temática da responsabilidade civil e a inteligência artificial (3).

---

<sup>7</sup> Cf. OLIVEIRA, Antonio. *Inteligência artificial*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019. p. 91.

<sup>8</sup> Cf., por exemplo, CHONÉ-GRIMALDI, Anne-Sophie; GLASER, Philippe. Responsabilité civile du fait du robot doué d'intelligence artificielle: faut-il créer une personnalité robotique? *Contrats – Concurrence – Consommation*, n. 1, p. 2, jan. 2018; LOISEAU, Gregoire. *Le droit des personnes*. Paris: Elipses, 2016. p. 73; COULON, Cedric. Du Robot em droit de la responsabilité civile: à propôs des dommages causés par les choses intelligentes. *Responsabilité civile et assurances*, Paris, p. 17 e ss., 2016; LOISEAU, Gregoire; BOURGEOIS, Matthieu. DU Robot em droit à um droit des robots. *La Semaine Juridique*, Paris, n. 48, p. 1230 e ss., 2014; FREITAS JR., Robert. The legal rights of Robots. *Student Lawyer*, 1985, p. 54. Disponível em: <<http://www.rfreitas.com/Astro/LegalRightsOfRobots.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

<sup>9</sup> Cf. HERBERGER, Maximilian. Künstliche Intelligenz und Recht – ein Orientierungsversuch. *Neue Juristische Wochenschrift*, v. 39, p. 2825, 2018.

## 1 NOÇÕES GERAIS SOBRE A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

### 1.1 CARACTERIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

O uso da inteligência artificial (IA) tem gerado inúmeras discussões, em especial no meio jurídico, com destaque para o tema da responsabilidade civil, que será aprofundado no próximo ponto deste trabalho. A primeira discussão em torno dessa tecnologia, ainda não resolvida pela comunidade científica, corresponde a sua conceituação.

Não há uma definição aceita de maneira unânime pela comunidade científica, mas uma das mais acolhidas é a apresentada por John McCarthy, que se caracteriza por sua generalidade, ao afirmar que a inteligência artificial consiste na “ciência e engenharia de fazer máquinas inteligentes, especialmente programas de computador inteligentes”. Trata-se, portanto, de uma área do saber relacionada à tarefa semelhante de usar computadores para entender a inteligência humana, sendo que ela não precisa se limitar a métodos biologicamente observáveis<sup>10</sup>.

Pode-se dizer, de modo mais simples, que a IA consiste num “campo que estuda a síntese e a análise de agentes computacionais que agem inteligentemente”<sup>11</sup>. Entendia-se que essa tecnologia possibilitaria aos computadores realizarem tarefas racionalmente como um ser humano. Na atualidade, o que se vê, porém, é algo muito além disso.

Em essência, o elemento diferencial de um sistema com IA é a capacidade de aprender com dados externos, de se desenvolver e de orientar suas ações com base nesses dados, de solucionar problemas como se humano fosse<sup>12</sup>. Por conta desse constante aprendizado, chamado de *machine learning*, um dispositivo com IA pode realizar atos sequer pensados pelo seu programador. Nesse contexto, há quem sustente a definição “inteligência estendida” (*extended intelligence*) como a

<sup>10</sup> Texto original: “It is the science and engineering of making intelligent machines, especially intelligent computer programs. It is related to the similar task of using computers to understand human intelligence, but AI does not have to confine itself to methods that are biologically observable. McCARTHY, John. *What is artificial intelligence?*” (Computer Science Department, Stanford University, Stanford, p. 2, nov. 2004. Disponível em: <<http://www-formal.stanford.edu/jmc/>>. Acesso em: 11 fev. 2019).

<sup>11</sup> POOLE, David L.; MACKWORTH, Alan K. *Artificial intelligence: foundations of computational agents*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2010. p. 4.

<sup>12</sup> McCARTHY, John. *What is artificial intelligence?* Computer Science Department, Stanford University, Stanford. p. 3, nov. 2004. Disponível em: <<http://www-formal.stanford.edu/jmc/>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

mais adequada para a situação sob exame<sup>13</sup>, ao invés da comumente empregada “inteligência artificial”.

A condição superior dos computadores de armazenar mais informações que um ser humano faz com que certas atitudes, decisões tomadas por um robô com IA, por exemplo, sejam até mesmo incompreensíveis para seus criadores. Nesses casos, diz-se que o sistema é opaco. Ademais, importante referir que não se pode confundir a opacidade de um sistema, resultado do perfeito funcionamento da IA, com um funcionamento defeituoso da tecnologia que resulte em situações inesperadas<sup>14</sup>.

Cabe salientar a explicação feita por Surden e Williams a respeito da diferença da programação tradicional e do uso de *machine learning*:

A principal diferença entre *machine learning* e programação “tradicional” é, portanto, a explicitação das regras sobre as quais o computador toma suas decisões. Em um programa de computador tradicional, como o computador está seguindo uma lista clara de instruções escritas por uma pessoa, que pode ser inspecionada e compreendida, é relativamente fácil para um programador entender por que um computador tomou uma decisão específica. Em contraste, no *machine learning*, o computador geralmente segue um padrão altamente abstrato obtido a partir da análise de enormes quantidades de dados. Por causa da complexidade e abstração dos modelos de aprendizado de máquina, até mesmo os programadores que os criaram nem sempre são capazes de entender como e por que eles realizam o que fazem.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Nesse sentido, HERBERGER, Maximilian. Künstliche Intelligenz und Recht – ein Orientierungsversuch. *Neue Juristische Wochenschrift*, v. 39, p. 2826, 2018. Sobre o tema, ITO, Joichi. *Resisting reduction: a manifesto*. Joi Ito’s PubPub 2017, 10.21428/8f7503e4.

<sup>14</sup> SURDEN, Harry; WILLIAMS, Mary-Anne. Technological opacity, predictability, and self-driving cars. *Cardozo Law Review*, Nova Iorque, v. 38, p. 158-159, 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2747491>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

<sup>15</sup> Texto Original: “A major difference between machine learning and ‘traditional’ programming is thus the explicitness of the rules upon which the computer makes its decisions. In a traditional computer program, because the computer is following a clear list of instructions written by a person, which can be inspected and understood, it is relatively easy for a programmer to understand why a computer made a particular decision that

Essa liberdade (habilidade) da IA de surpreender o programador com resultados que ele nem fora capaz de imaginar pode ser vista como algo positivo no sentido de desenvolver a tecnologia<sup>16</sup>, mas também deve ser vista com certo cuidado por conta dos riscos que essas ações imprevisíveis podem gerar<sup>17</sup>.

Por conta da complexidade dos sistemas com IA, muito se confunde esse sistema com os robôs. De fato, pode-se ter um robô com IA, mas também é possível que um robô execute atividades sem possuir IA, fazendo apenas as ações previamente programadas<sup>18</sup>. Além disso, há de se ter presentes os algoritmos, que consistem em formulações matemáticas destinadas à resolução de problemas, mediante o estabelecimento de procedimentos para a obtenção de uma determinada finalidade<sup>19</sup>.

Tem-se que a IA consiste, em verdade, num sistema de tecnologia baseado no intelecto humano e desenvolvido para diversas tarefas, como veículos autônomos, realização de cirurgias, diagnósticos de doenças, realização de

---

*it did. By contrast, in machine learning, the computer is often following a highly abstract pattern gleaned from analyzing huge troves of data. Because of the complexity and abstractness of machine learning models, even the programmers who created them are not always able to understand how and why they perform the way that they do"* (SURDEN, Harry; WILLIAMS, Mary-Anne. Technological opacity, predictability, and self-driving cars. *Cardozo Law Review*, Nova Iorque, v. 38, p. 162, 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2747491>>. Acesso em: 11 fev. 2019).

- <sup>16</sup> Um bom exemplo de como a IA funciona ocorreu em 2002, na Suécia. Cientistas da *Chalmers University of Technology* desenvolveram um robô alado, com dois polos para alcançar uma sustentação máxima, mas sem um algoritmo que o orientasse a voar. Com o uso de um algoritmo de autotreinamento, o robô levou cerca de três horas para bater suas asas e conseguir se sustentar. Cf. ČERKA, Paulius; GRIGIENĖ, Jurgita; SIRBIKYTĖ, Gintarė. Liability for damages caused by Artificial Intelligence. *Computer Law & Security Review*, Elsevier, v. 31, n. 3, p. 381, jun. 2015. Disponível em: <[www.compseconline.com/publications/prodclaw.htm](http://www.compseconline.com/publications/prodclaw.htm)>. Acesso em: 7 fev. 2019.
- <sup>17</sup> PIRES, Thatiane Cristina Fontão; SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do Parlamento Europeu. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 241, dez. 2017.
- <sup>18</sup> Expresso a respeito: A grande diferença dos *robots* em relação à chamada inteligência artificial reside na atividade física, na interação mais directa e corpórea com a realidade. Fazendo da autonomia um carácter definidor da robótica, este terá necessariamente alguma componente de inteligência artificial. Dito de outra forma, um *robot* é uma das várias aplicações da inteligência artificial. É a inteligência artificial que confere autonomia a uma máquina e faz desta um *robot*. Um *robot* é "*software* encarnado". (Cf. SOUSA E SILVA, Nuno. Direito e Robótica: uma primeira aproximação. *Revista Ordem dos Advogados*, Lisboa, a. 77, p. 491, jan./jun. 2017. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/>>. Acesso em: 11 fev. 2019)
- <sup>19</sup> Sobre o tema ver, por exemplo, HERBERGER, Maximilian. Künstliche Intelligenz und Recht - ein Orientierungsversuch. *Neue Juristische Wochenschrift*, v. 39, p. 2827, 2018; REICHERTZ, Jo. Algorithmen als autonome Akteure, *blog.soziologie.de*, de 24.02.2013.

contratos, entre outras. Em que pese o grande auxílio na solução de problemas antes sem solução, também representa um certo perigo, e, de acordo com o engenheiro do Google e futurologista Ray Kurzweil, a “inteligência artificial vai se tornar superior ao ser humano em 2045”<sup>20</sup>.

Dentre as características da tecnologia de IA, destaca-se a capacidade de se comunicar, de conhecer a sua estrutura interna, de interagir com o mundo exterior, de optar por um determinado comportamento considerando seus objetivos e a sua criatividade, desenvolvendo alternativas nem sequer imaginadas por seus criadores para solucionar certos problemas<sup>21</sup>. Quando se desenvolve um sistema com IA para resolver alguma questão, não se adiciona um algoritmo que o instrui a como fazê-lo, mas apenas um que descreve o contexto. A solução é apresentada pelo sistema de maneira livre, permitindo, assim, o seu desenvolvimento. E é justamente essa evolução, pode-se dizer “autônoma”, que torna essa tecnologia tão fascinante nos dias de hoje.

## 1.2 RISCOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A sociedade atual tem sido caracterizada como uma era em que o risco prepondera<sup>22</sup>. Essa percepção também se estende às atividades desenvolvidas mediante a utilização da inteligência artificial.

Quando se discute a correlação entre os riscos e a inteligência artificial, pode-se, introdutoriamente, cogitar dos riscos gerais e econômicos que a implementação das mudanças tecnológicas irão acarretar nos distintos setores produtivos, na vida cotidiana das pessoas e, sobretudo, nas suas perspectivas laborais<sup>23</sup>.

No âmbito do presente trabalho, porém, vislumbra-se uma contextualização mais restrita: analisa-se precipuamente como um risco a interação de um sistema de IA desenvolvido com a sociedade, pois é provável que esse sistema tenda a

---

<sup>20</sup> ČERKA, Paulius; GRIGIENĖ, Jurgita; SIRBIKYTĖ, Gintarė. Liability for damages caused by Artificial Intelligence. *Computer Law & Security Review*, Elsevier, v. 31, n. 3, p. 378, jun. 2015. Disponível em: <[www.compseconline.com/ublications/prodclaw.htm](http://www.compseconline.com/ublications/prodclaw.htm)>. Acesso em: 7 fev. 2019.

<sup>21</sup> SOUSA E SILVA, Nuno. Direito e Robótica: uma primeira aproximação. *Revista Ordem dos Advogados*, Lisboa, a. 77, p. 492, jan./jun. 2017. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

<sup>22</sup> Nesse sentido, ver por todos BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft - Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986. p. 28.

<sup>23</sup> Ver, por exemplo, OLIVEIRA, Antonio. *Inteligência artificial*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019. p. 93; BENSAMOUN, Alexandra; LOISEAU, Gregoire. La Gestion des risques de l'intelligence artificielle - De l'éthique à la responsabilité. *La Semaine Juridique*, n. 46, p. 2063, 2017.

aperfeiçoar, ser racional, procure manter suas funções de utilidade, tente impedir que sua essência funcional seja adulterada e adquira recursos através do seu aprendizado constante e utilize-os para alcançar seus objetivos. O problema é que, ao realizar essas ações em busca do seu objetivo principal, há chance de que um terceiro alheio a esse procedimento seja lesado<sup>24</sup>.

Nesse sentido, a literatura específica tem fixado os pontos considerados, até o momento, como determinantes para a ocorrência de danos<sup>25</sup>. Não se fala, porém, em riscos do uso de dispositivos com IA como sendo apenas uma mera hipótese. Na verdade, desde o início da utilização desse tipo de tecnologia, mesmo em seus estágios iniciais de desenvolvimento, há relatos de danos causados como, por exemplo, em 1981, no Japão, onde um robô matou um operário ao confundi-lo com um obstáculo<sup>26</sup>.

Outro exemplo, um dos mais conhecidos, é a fuga do robô Gaak do Magna Science Center, na Inglaterra, em 2002. Um projeto desenvolveu robôs com IA com a função de predador e de presa; ao soltá-los numa arena, a ideia era analisar o princípio de sobrevivência e se os robôs seriam capazes de desenvolver outras técnicas de fuga e de caça através da experiência adquirida.

---

<sup>24</sup> ČERKA, Paulius; GRIGIENĖ, Jurgita; SIRBIKYTĖ, Gintarė. Liability for damages caused by Artificial Intelligence. *Computer Law & Security Review*, Elsevier, v. 31, n. 3, p. 379, jun. 2015. Disponível em: <[www.compseconline.com/ublications/prodclaw.htm](http://www.compseconline.com/ublications/prodclaw.htm)>. Acesso em: 7 fev. 2019.

<sup>25</sup> “O objetivo da IA de se preservar para maximizar a satisfação de seus atuais objetivos finais; 2) O objetivo da IA de preservar o conteúdo de seus objetivos finais atuais; caso contrário, se o conteúdo de seus objetivos finais for alterado, será menos provável que ela aja no futuro para maximizar a satisfação de suas metas finais atuais; 3) O objetivo da IA de melhorar sua própria racionalidade e inteligência, a fim de melhorar sua tomada de decisões e, assim, aumentar sua capacidade de alcançar seus objetivos finais; 4) O objetivo da IA é adquirir tantos recursos quanto possível, para que esses recursos possam ser transformados e postos em funcionamento para a satisfação dos objetivos finais da IA”. No original: “1) *The objective of AI to preserve itself in order to maximize the satisfaction of its present final goals*; 2) *The objective of AI to preserve the content of its current final goals; otherwise, if the content of its final goals is changed, it will be less likely to act in the future to maximize the satisfaction of its present final goals*; 3) *The objective of AI to improve its own rationality and intelligence in order to improve its decision-making, and thereby increase its capacity to achieve its final goals*; 4) *The objective of AI to acquire as many resources as possible, so that these resources can be transformed and put to work for the satisfaction of AI's final goals*” (ČERKA, Paulius; GRIGIENĖ, Jurgita; SIRBIKYTĖ, Gintarė. Liability for damages caused by Artificial Intelligence. *Computer Law & Security Review*, Elsevier, v. 31, n. 3, p. 383, jun. 2015. Disponível em: <[www.compseconline.com/ublications/prodclaw.htm](http://www.compseconline.com/ublications/prodclaw.htm)>. Acesso em: 7 fev. 2019).

<sup>26</sup> SOUSA E SILVA, Nuno. Direito e Robótica: uma primeira aproximação. *Revista Ordem dos Advogados*, Lisboa, a. 77, p. 495, jan./jun. 2017. Disponível em: <<https://portal.aa.pt/>>. Acesso em: 11 fev. 2019.



E de fato isso aconteceu, pois o robô (presa) conseguiu fugir da arena e chegar até o estacionamento do evento, onde colidiu com um veículo<sup>27</sup>.

Um dos temas mais discutidos em torno dos riscos da IA e de quem deva ser responsabilizado por eventuais danos diz respeito ao uso de veículos autônomos. O fato de esse tipo de veículo circular no meio de outros automóveis “não autônomos”, cuja dirigibilidade dependa da condição do ser humano que o conduz, é um dos grandes riscos apresentados.

Diante da velocidade com que a tecnologia de IA tem sido desenvolvida e introduzida no dia a dia da sociedade, como nos casos de veículos autônomos que já estão em fase de testes, há autores que defendem a necessidade de uma certa supervisão desse processo. Sustenta-se que, durante essa fase de adaptação ao uso desse tipo de tecnologia, alguma fiscalização humana seria recomendada. As próprias empresas que fornecem esse tipo de tecnologia acompanhariam os primeiros momentos de interação do ser humano com o dispositivo detentor de IA e forneceriam o treinamento adequado para facilitar a compreensão do seu funcionamento<sup>28</sup>.

Tem-se que os veículos autônomos possuem diversas vantagens em relação aos clássicos. O sistema de controle do automóvel não sofre com mudanças de humor, com dificuldade de condução por conta do consumo de alguma substância que altere a percepção dos sentidos e, além disso, atua com melhor capacidade de compreensão do que está ocorrendo no entorno. Entretanto, o grande problema está no fato de que em alguns casos é muito difícil prever as suas ações ou até mesmo impossível<sup>29</sup>. Questiona-se, inclusive, se o proprietário de um veículo autônomo precisaria ou não possuir habilitação para dirigir, ou, ainda, se ele não precisaria de uma habilitação especial, tendo em vista as peculiaridades funcionais desse tipo de veículo.

---

<sup>27</sup> PIRES, Thatiane Cristina Fontão; SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do Parlamento Europeu. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 243-244, dez. 2017.

<sup>28</sup> GALASSO, Alberto; LUO, Hong. Punishing Robots: issues in the economics of tort liability and innovation in artificial intelligence. In: AGRAWAL, A. K.; GANS, J.; GOLDFARB, A. *The Economics of Artificial Intelligence: An Agenda*. Nova Iorque: National Bureau of Economic Research, Inc, p. 5, 2018. Disponível em: <<https://www.nber.org>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

<sup>29</sup> MERCADAL, Juan José Martínez. Vehículos autónomos y derecho de daños. La estructura clásica de la responsabilidad civil frente al avance de la inteligencia artificial. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas - UNNE*, Montevideo, n. 20, p. 55-73, out. 2018. Disponível em: <<http://revistas.unne.edu.ar/index.php/rfce/issue/view/416/showToc>>. Acesso em: 5 fev. 2019.

Outro ponto que precisa ser aperfeiçoado antes de se disponibilizar no mercado esse tipo de automóvel diz respeito aos fatos inesperados que podem ocorrer durante um percurso de carro na cidade. Os veículos autônomos funcionam por uma série de sensores auxiliados por uma avançada tecnologia de navegação por satélite. Sabe-se, porém, que, ao se deslocar numa cidade, imprevistos podem acontecer, como, por exemplo, um ciclista pode atravessar na via, ou um motociclista pode fazer uma manobra proibida, algo que o sistema que conduz o veículo pode não prever<sup>30</sup>.

Ao lado disso, a imprevisibilidade das ações de um sistema com IA também se manifesta como um problema não só para o passageiro, como também para os condutores dos outros veículos, para os ciclistas e pedestres. Uma das opções para diminuir o risco de danos é programar o sistema para informar, externamente, através de áudio, sua próxima ação<sup>31</sup>. Percebe-se, portanto, que muitas questões são levantadas apenas a partir da aplicação da IA em veículos autônomos, o que demonstra a necessidade de reflexão acerca dessa tecnologia e das consequências da sua aplicação em diferentes áreas.

Diz-se que os algoritmos de inteligência artificial foram inspirados nas características do cérebro humano. Por conta disso, a autonomia dos dispositivos com essa tecnologia, seja de um computador ou de um robô, bem como a amplitude de sua utilização em uma gama extensiva de situações, como aprovar um empréstimo bancário, autorizar cartões de crédito, traduz-se em um problema que se mostra cada vez mais latente, razão pela qual se sustenta a necessidade de uma principiologia específica a respeito pautada não só pela transparência, como também pela responsabilidade<sup>32</sup>.

A impossibilidade de previsão acerca das ações de um dispositivo com IA e a dificuldade que os próprios desenvolvedores da tecnologia têm de compreender o seu funcionamento configuram, portanto, desafios ao direito

---

<sup>30</sup> SURDEN, Harry; WILLIAMS, Mary-Anne. Technological opacity, predictability, and self-driving cars. *Cardozo Law Review*, Nova Iorque, v. 38, p. 157, 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2747491>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

<sup>31</sup> SURDEN, Harry; WILLIAMS, Mary-Anne. Technological opacity, predictability, and self-driving cars. *Cardozo Law Review*, Nova Iorque, v. 38, p. 144-147, 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2747491>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

<sup>32</sup> KROL, J.; HUEY, J.; BAROCAS, S.; FELTEN, E. W.; REIDENBERG, J.; ROBINSON, D. G.; YU, H. *Accountable Algorithms*, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 165, 2017, p. 633 e ss.

moderno, especialmente quanto à questão de quem responsabilizar por uma lesão causada por um robô com essa tecnologia<sup>33</sup>.

## 2 A REGULAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

### 2.1 REPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS DECORRENTES DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PELO DIREITO COMUM E ESPECIAL

Ao tentar enquadrar no ordenamento jurídico civilístico a responsabilidade por danos causados por robôs, algumas soluções já existentes apresentam-se como passíveis de serem acionadas para aplicar aos dispositivos com IA: a responsabilidade pelo dever de vigilância, de cuidado ou pelo fato de animal e a responsabilidade pelo produto conforme os institutos do direito do consumidor. Surge a questão de analisar, todavia, se a sua utilização seria apenas temporária devido às peculiaridades que surgem com o desenvolvimento constante da tecnologia de inteligência artificial<sup>34</sup>.

Uma primeira possibilidade consistiria na utilização da disciplina da responsabilidade pelo fato das coisas: o proprietário do bem seria, portanto, *prima facie*, o responsável por danos causados pelo robô adquirido<sup>35</sup>.

Essa espécie de regulação soa, em princípio, natural, a partir do pressuposto de que o robô, no âmbito da *summa divisio* entre pessoas e coisas, que marca a percepção jurídica, estaria no plano das coisas, razão pela qual seria possível vislumbrar, para o proprietário ou seu eventual detentor, um dever de guarda do bem.

No Direito português, este dever consta expressamente do teor do art. 493, 1, do Código Civil Português, que estabelece explicitamente a responsabilidade

<sup>33</sup> FERRARI, I.; BECKER, D.; WOLKART, E. N. *Arbitrium ex machina*: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 995, n. 18341, p. 640, set. 2018. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-21.

<sup>34</sup> ČERKA, Paulius; GRIGIENĖ, Jurgita; SIRBIKYTĖ, Gintarė. Liability for damages caused by Artificial Intelligence. *Computer Law & Security Review*, Elsevier, v. 31, n. 3, p. 382, jun. 2015. Disponível em: <[www.compseconline.com/ublications/prodclaw.htm](http://www.compseconline.com/ublications/prodclaw.htm)>. Acesso em: 7 fev. 2019.

<sup>35</sup> Cf. CHONÉ-GRIMALDI, Anne-Sophie; GLASER, Philippe. Responsabilité civile du fait du robot doué d'intelligence artificielle: faut-il créer une personnalité robotique? *Contrats - Concurrence - Consommation*, n. 1, jan. 2018, p. 02.

pelos danos causados a quem tiver o “dever de vigiar” coisa móvel em seu poder<sup>36</sup>.

Cuida-se, portanto, de responsabilizar aquele que teria o dever de, por algum modo, zelar pelo robô enquanto este estivesse no exercício das suas atividades. No Direito português, há quem indague da conveniência de utilizar um dispositivo vinculado, precipuamente, ao dever de vigia sobre animais, pois essa solução levaria à indagação sobre a conveniência de invocar outros dispositivos sobre o tema<sup>37</sup>.

No Direito francês, paradigma da responsabilidade por fato da coisa, pondera-se que esta esfera de responsabilização põe o dever da indenização sobre o guardião da coisa, isto é, aquele que a usa ou dirige ou controla. Ocorre que, no âmbito da inteligência artificial, mais precisamente da atividade dos robôs, essa presunção de responsabilidade apresenta-se como imprópria, na medida em que, precisamente pela circunstância de o robô ser dotado de uma programação já definida, torna-se difícil estabelecer que o bem estaria sob a guarda ou controle do proprietário<sup>38</sup>.

No Direito brasileiro, a responsabilidade pelo fato das coisas está circunscrita a uma concepção estrita, disciplinada nos arts. 937 e 938 do Código Civil, que correspondem a situações clássicas decorrentes do Direito romano, a *actio de positis et suspensis* e a *actio de effusis et dejectis*<sup>39</sup>.

Há de se considerar, porém, que a jurisprudência desenvolveu expressivamente a matéria, no que concerne à responsabilidade do proprietário do veículo – mesmo quando se trate de transporte gratuito ou desinteressado<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> “Art. 493, 1. Quem tiver em seu poder coisa móvel ou imóvel, com o dever de a vigiar, e bem assim quem tiver assumido o encargo da vigilância de quaisquer animais, responde pelos danos que a coisa ou os animais causarem, salvo se provar que nenhuma culpa houve da sua parte ou que os danos se teriam igualmente produzido ainda que não houvesse culpa sua.”

<sup>37</sup> SOUSA E SILVA, Nuno. Direito e Robótica: uma primeira aproximação. *Revista Ordem dos Advogados*, Lisboa, a. 77, p. 497-502, jan./jun. 2017. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

<sup>38</sup> Cf. CHONÉ-GRIMALDI, Anne-Sophie; GLASER, Philippe. Responsabilité civile du fait du robot doué d’intelligence artificielle: faut-il créer une personnalité robotique? *Contrats - Concurrence - Consommation*, n. 1, jan. 2018, p. 02.

<sup>39</sup> Cf. YUN, Qi. Um estudo sobre a *actio de effusis vel deiectionis* no direito romano: com base na análise dos fragmentos D.9, 3 e I. 4,5, *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 14, 2018, p. 383 e ss.

<sup>40</sup> Ver, por exemplo: “Acidente de trânsito. Transporte benévolo. Veículo conduzido por um dos companheiros de viagem da vítima, devidamente habilitado. Responsabilidade solidária

A esse respeito, sobressai a utilização do risco como fator de imputação para a responsabilidade civil<sup>41</sup>.

Nesses termos, mesmo tendo presente que o ordenamento brasileiro reconhece – como não poderia deixar de ser – e tem desenvolvida a responsabilidade pelo fato da coisa, há que se considerar a nuance de que essa esfera de regulamentação pode ser draconiana para o proprietário, na medida em que, se o bem for constituído de inteligência artificial, pode-se cogitar da impossibilidade para o proprietário de efetivamente “ter o controle da coisa”.

A par da opção acima referida, invoca-se igualmente a possibilidade de utilização do regime de responsabilidade civil pelo ato do animal<sup>42</sup>, previsto no Código Civil brasileiro, no art. 936.

Há um certo sentido na analogia feita entre atos praticados por animais e bens dotados de inteligência artificial, na medida em que, à similitude com os robôs, os animais possuem uma capacidade de se movimentar que as coisas não possuem. Os animais, portanto, distinguem-se das demais coisas, na medida em que detêm uma “autonomia”.

Além disso, é certo que cabe ao proprietário do animal detê-lo sob sua guarda, disciplinando-o e sendo responsável por suas ações, em face do risco que assumiu ao adquiri-lo.

---

do proprietário do automóvel. Responsabilidade pelo fato da coisa. Em matéria de acidente automobilístico, o proprietário do veículo responde objetiva e solidariamente pelos atos culposos de terceiro que o conduz e que provoca o acidente, pouco importando que o motorista não seja seu empregado ou preposto, ou que o transporte seja gratuito ou oneroso, uma vez que sendo o automóvel um veículo perigoso, o seu mau uso cria a responsabilidade pelos danos causados a terceiro. Provada a responsabilidade do condutor, o proprietário do veículo fica solidariamente responsável pela reparação do dano, como criador do risco para os seus semelhantes” (BRASIL. STJ, REsp 577.902/DF, 3ª T., Relª p/o Ac. Min. Nanci Andriighi, 13.06.2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=577902&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 18 mar. 2019).

<sup>41</sup> “Recurso especial. Responsabilidade civil. Acidente de veículo. Violação ao art. 535 do CPC/1973. Art. 131 do CPC/1973. Ação movida contra a locadora do veículo (proprietária) e a locatária. Responsabilidade solidária. Súmula nº 492 do STF. [...] Há responsabilidade solidária da locadora de veículo pelos prejuízos causados pelo locatário, nos termos da Súmula nº 492 do STF, pouco importando cláusula consignada no contrato de locação de obrigatoriedade de seguro.” (BRASIL. STJ, REsp 1.354.332/SP, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 12.08.2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1354332&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 18 mar. 2019)

<sup>42</sup> Cf. CHONÉ-GRIMALDI, Anne-Sophie; GLASER, Philippe. Responsabilité civile du fait du robot doué d’intelligence artificielle: faut-il créer une personnalité robotique?, *Contrats – Concurrence – Consommation*, n. 1, jan. 2018, p. 02.

Cumpra, porém, ponderar que essa equiparação não se apresenta como o melhor caminho para disciplinar a matéria: primeiramente, a circunstância que a responsabilidade do proprietário do robô seria presumida na ampla maioria dos casos, excepcionando-se as hipóteses de força maior e culpa da vítima (art. 936). Em segundo lugar, o fato de que a equiparação esbarra em uma distinção axiológica de base: os animais são seres destinados à liberdade<sup>43</sup>, o que, em princípio, não se configura na condição dos robôs.

Há, ainda, quem suscite ressalvas a partir da operacionalidade do sistema da inteligência artificial, preconizando que este se fundamenta em algoritmos que buscam um agir racional inspirado no cérebro humano e “apenas parcialmente semelhante aos instintos e sentidos como os dos animais, de modo que a IA poderia entender as consequências de suas ações e assim se diferenciar dos animais”<sup>44</sup>.

Examinados esses caminhos, cumpre pontuar que, no Direito brasileiro, a questão apresenta-se passível de resolução a partir da conjugação dos modelos já delineados pelo Código de Defesa de Consumidor e pelo Código Civil, a partir do art. 931<sup>45</sup>.

Com efeito, pode-se, em princípio, imaginar duas situações: na primeira, tem-se o caso de um dispositivo com IA comercializado e que apresenta um funcionamento inadequado para o uso a que destina, por conta de algum vício de qualidade (art. 18 do CDC)<sup>46</sup>; nesse caso, a responsabilidade será não somente

<sup>43</sup> Por conseguinte, passam a ter um *status* ambíguo, como serve de exemplo a reforma instituída pelo art. 515-4 do Código Civil francês, que reputa os animais “como seres vivos dotados de sensibilidade”, regulados pelo regime de bens, salvo a existência de leis específicas que os protejam.

<sup>44</sup> Texto original: “[...] and only partially similar to instincts and senses like those of animals. It is presumed that AI can understand the consequences of its actions and distinguish itself from animals” (ČERKA, Paulius; GRIGIENĖ, Jurgita; SIRBIKYTĖ, Gintarė. Liability for damages caused by Artificial Intelligence. *Computer Law & Security Review*, Elsevier, v. 31, n. 3, p. 386, jun. 2015. Disponível em: <www.compeconline.com/ublications/prodclaw.htm>. Acesso em: 7 fev. 2019).

<sup>45</sup> “Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília/DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019)

<sup>46</sup> Dentre tantos exemplos passíveis de serem referidos de mau funcionamento da inteligência artificial para o uso destinado, emblemático nesse sentido, em face de sua difusão, a utilização do robô no mercado financeiro. Sobre essa problemática, ver, na doutrina americana, JL Megan. Are Robots good fiduciaries? Regulating robo-advisers under the Investment Advisers Act of 1940. *Columbia Law Review*, v. 117, p. 1543 e ss., 2017.

do fabricante, como também de todos os fornecedores, nos termos do *caput* do art. 18, que estabelece a solidariedade nesta hipótese legal. Como segunda hipótese, poderá incidir a situação de defeito do produto, regulada no art. 12 do CDC, para os casos em que o produto não oferece a segurança que dele se espera.

Pondera-se, porém, que, se o robô causar algum dano durante a realização de suas funções ou agir de maneira indesejada pelo proprietário ou até mesmo pelo fabricante, se ainda assim seria possível aplicar a responsabilidade pelo produto, prevista no CDC, na medida em que esse diploma legal prevê como excludente de responsabilidade o fato de inexistir defeito no produto<sup>47</sup>.

A questão surge a partir de uma das principais restrições ao uso da responsabilidade pelo produto. Defende-se que, pelo fato de um sistema de IA ter a condição de agir autonomamente, de realizar um aprendizado contínuo através de experiências e de dados captados, seria complexo demonstrar a existência de uma falha em alguma parte do dispositivo. A imprevisibilidade das ações de um dispositivo com IA, decorrente dessa evolução constante, poderia facilmente ser confundida com um defeito, haja vista a dificuldade, referida anteriormente, de que os próprios desenvolvedores têm de entender essas ações autônomas, “[...] a menos que nós igualássemos a tomada de decisão independente (que é uma característica distinta da IA) com um defeito”<sup>48</sup>.

Na doutrina, apontam-se ainda como dificuldades para a adoção do modelo da responsabilidade pelo fato do produto: inicialmente, indaga-se acerca da dificuldade para a individualização do responsável, a partir do

---

<sup>47</sup> “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. [...] § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.” (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2019)

<sup>48</sup> Texto original: “*Unless we would equate the independent decision-making (which is a distinctive AI feature) with a defect*” (ČERKA, Paulius; GRIGIENĖ, Jurgita; SIRBIKYTĖ, Gintarė. Liability for damages caused by Artificial Intelligence. *Computer Law & Security Review*, Elsevier, v. 31, n. 3, p. 386, jun. 2015. Disponível em: <[www.compseconline.com/publications/prodclaw.htm](http://www.compseconline.com/publications/prodclaw.htm)>. Acesso em: 7 fev. 2019).

número de integrantes na cadeia de construção de um sistema de IA<sup>49</sup>. A fim de se regulamentar a responsabilidade pela IA, seria necessário superar algumas peculiaridades dessa tecnologia, como, por exemplo, o problema da dispersão: um projeto de IA pode ser elaborado por diversos sujeitos localizados em diferentes cidades, países, continentes, ou seja, diferentes jurisdições; um dispositivo de IA pode ser composto por pequenas partes, cada uma representando uma tecnologia, um componente cujo potencial só será visível quando reunidas; a dificuldade de controle, um sistema de IA pode operar de maneira que não o seu responsável legal não consiga mais controlá-lo<sup>50</sup>.

Com esses elementos, pode-se ter uma pequena noção dos óbices para regulamentar o uso dessa tecnologia: faz-se mister fixar parâmetros de responsabilização pelos danos causados por dispositivos de IA, tendo em vista que não levará muito tempo para estarem amplamente disponíveis no mercado de consumo. Questiona-se se a concepção de responsabilidade civil atual seria suficiente para suprir essa necessidade.

Até o momento foram apresentadas algumas sugestões de solução para o problema, com especial destaque para a Resolução do Parlamento Europeu, de

<sup>49</sup> Sobre o tema: *"The sheer number of individuals and firms that may participate in the design, modification, and incorporation of an AI system's components will make it difficult to identify the most responsible party or parties. Some components may have been designed years before the AI project had even been conceived, and the components' designers may never have envisioned, much less intended, that their designs would be incorporated into any AI system, still less the specific AI system that caused harm. In such circumstances, it may seem unfair to assign blame to the designer of a component whose work was far-removed in both time and geographic location from the completion and operation of the AI system"*. Em tradução livre: Primeiro, geralmente há pelo menos dois fabricantes distintos envolvidos aqui – um para *hardware* (a estrutura física da máquina), o outro para *software* (seu programa de instrução). 4s notou anteriormente que, quando as coisas dão errado, torna-se cada vez mais difícil rastrear o defeito ou a falha de volta para qualquer fonte única de fabricação ou programação, e às vezes não há ninguém com defeito! Uma segunda dificuldade surge com o princípio do "risco inerente". Se houver um risco inerente à própria natureza do produto, a responsabilidade será atribuída somente se o fabricante não anexar um aviso ao mesmo, ou se o produto tiver um defeito acima e além do risco inerente normal do produto. Embora o risco inerente de um cortador de grama seja claro, não o de um computador capaz de um grande número de funções diversas, e o problema se tornará ainda mais complexo quando os computadores de quarta geração receberem o poder de autoprogramabilidade. (SCHERER, Matthew U. Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 29, n. 2, p. 359, primavera, 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2609777>>. Acesso em: 13 fev. 2019).

<sup>50</sup> SCHERER, Matthew U. Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 29, n. 2, p. 359, primavera, 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2609777>>. Acesso em: 13 fev. 2019.



16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)).

Nesses casos, uma solução apontada consiste na ideia de que o desenvolvedor de uma parte do sistema só pode ser responsabilizado se a sua contribuição para o todo for comprovadamente defeituosa<sup>51</sup>.

O § 56 da inovadora Resolução do Parlamento Europeu referida acima pretende auxiliar na identificação do responsável nos casos de danos:

56. Considera que, em princípio, uma vez identificadas as partes às quais cabe, em última instância, a responsabilidade, esta deve ser proporcionada em relação ao nível efetivo de instruções dadas ao robô e ao nível da sua autonomia, de modo a que quanto maior for a capacidade de aprendizagem ou de autonomia de um robô, e quanto mais longa for a “educação” do robô, maior deve ser a responsabilidade do “professor”; observa, em especial, que as competências resultantes da “formação” dada a um robô não devem ser confundidas com as competências estritamente dependentes das suas capacidades de autoaprendizagem, quando se procura identificar a pessoa à qual se atribui efetivamente o comportamento danoso do robô; observa que, pelo menos na fase atual, a responsabilidade deve ser imputada a um ser humano, e não a um robô.<sup>52</sup>

Apesar de o item mencionar o termo robô, há que se ter presente que a solução pode servir para qualquer dispositivo com IA<sup>53</sup>. Chama atenção a parte

<sup>51</sup> GALASSO, Alberto; LUO, Hong. Punishing Robots: issues in the economics of tort liability and innovation in artificial intelligence. In: AGRAWAL, A. K.; GANS, J.; GOLDFARB, A. *The Economics of Artificial Intelligence: An Agenda*. Nova Iorque: National Bureau of Economic Research, Inc, p. 6, 2018. Disponível em: <<https://www.nber.org>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

<sup>52</sup> UNIÃO EUROPEIA. Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)). 2017. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN#BKMD-12>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

<sup>53</sup> Características que um robô precisa ter para ser considerado autônomo: a capacidade de adquirir autonomia através de sensores e/ou da troca de dados com o seu ambiente (interconectividade) e a análise destes dados; a capacidade de aprender com a experiência e com a interação; a forma do suporte físico do robô; a capacidade de adaptar o seu comportamento e as suas ações ao

em que a resolução prevê que, ao menos no estágio atual, a responsabilidade deve ser atribuída a um ser humano, e não ao robô. Isso decorre do fato de que – conforme se verá no item a seguir – há autores que defendem a necessidade de se alcançar personalidade jurídica aos dispositivos com IA, como robôs autônomos.

Observe-se ainda que, não obstante o texto da Resolução mencionar apenas robôs autônomos, a sua aplicabilidade engloba qualquer dispositivo com inteligência artificial, como, por exemplo, automóveis autônomos. Nesse sentido, Nuno Sousa e Silva reconhece a importância do texto aprovado, defendendo que ele deve servir como uma diretiva para o desenvolvimento de legislações próprias nos próximos anos, mas não entende como vantajosa a urgência para criar essas leis pelo fato de as discussões sobre o tema ainda serem prematuras<sup>54</sup>.

De fato, o conteúdo da Resolução deve servir de incentivo não apenas para os legisladores europeus, mas também para os de todos os países que planejam usufruir o desenvolvimento consequente da inteligência artificial. Em que pese o ponto do autor português, o ingresso de produtos com IA nos mercados de consumo é algo inevitável e muito próximo, não restando, assim, muito tempo para se desenvolver uma legislação adequada. Em especial no que tange à responsabilidade civil, é muito importante que se defina quem são os possíveis responsáveis por lesões decorrentes do uso da IA. Até o momento, a resolução do Parlamento Europeu consiste na proposta mais sólida de uma solução específica para o uso da IA, pois as outras sugestões referidas apenas tentaram adaptar institutos já existentes ao caso da IA através do uso da analogia.

Muito embora essas circunstâncias e dificuldades, há que se ter presente que, em essência, a solução a ser preconizada consiste em responsabilizar, prioritariamente, o fabricante, a partir da premissa de que o dano decorra de um defeito – ou vício de qualidade – presente no sistema de inteligência artificial do produto montado<sup>55</sup>.

---

ambiente. (UNIÃO EUROPEIA. Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)). 2017. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN#BKMD-12>>. Acesso em: 10 fev. 2019)

<sup>54</sup> SOUSA E SILVA, Nuno. Direito e Robótica: uma primeira aproximação. *Revista Ordem dos Advogados*, Lisboa, a. 77, p. 512, jan./jun. 2017. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

<sup>55</sup> Nesse sentido, cf. BENSAMOUN, Alexandra; LOISEAU, Gregoire. La Gestion des risques de l'intelligence artificielle – De l'éthique à la responsabilité. *La Semaine Juridique*, n. 46, p. 2069, 2017.

A responsabilização do fabricante ampara-se, por um lado, na principiologia vinculada à matéria, como se verifica do princípio da precaução, anteriormente citado. De outro, vislumbra-se maior potencial de assunção da responsabilidade no fabricante, em geral grandes companhias, dotadas de capacidade assecuratória, o que não se encontra *prima facie* relativamente aos proprietários dos robôs.

Observe-se ainda que eventuais dificuldades de estabelecer o nexo causal no plano da inteligência artificial não se configuram em um tema novo<sup>56</sup>, capaz de impedir a imputação de responsabilidade ao fabricante: outros equipamentos, como, por exemplo, os aviões, também são configurados de forma plural e composta, sem que se retire esse tipo de máquina do âmbito da responsabilidade por produtos defeituosos.

Relativamente a esse tópico, cumpre, por fim, pontuar que o Direito brasileiro contempla, como acima indicado, o disposto no art. 931 do Código Civil, sobre a responsabilidade civil pelo fato do produto posto em circulação, fixando a responsabilidade objetiva.

Muito embora possa ser argumentado que o referido dispositivo não apresente novidades relativamente à disciplina estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor, o certo é que a disciplina do art. 931, pura e simplesmente, desconsidera a discussão acerca da existência do defeito, restringindo a matéria apenas à existência do dano e à questão de o produto haver sido posto em circulação pelo agente – empresário ou empresa. Trata-se, portanto, de uma cláusula geral<sup>57</sup>, que poderá ser empregada e operacionalizada a fim de igualmente disciplinar a matéria aqui versada.

## **2.2 PRINCÍPIOS E PROPOSTAS PARA A REGULAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL**

Relativamente à disciplina jurídica da inteligência artificial, sobressai a possibilidade de invocação do princípio da precaução, explicitado na Declaração do Rio de Janeiro, de 1992.

---

<sup>56</sup> Já sobre este tipo de questão, ver COUTO E SILVA, Clóvis. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 191.

<sup>57</sup> Nesse sentido, FACCHINI NETO, Eugenio. Da responsabilidade civil no novo Código. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 76, p. 38, 2010.

Oriundo, portanto, do direito ambiental, esse princípio defende que existe “[...] um dever, em face do desconhecido com potencial danoso intenso e dificilmente reversível, de procurar prever e tomar as medidas necessárias para evitar a ocorrência desses danos”<sup>58</sup>.

Trata-se, em suma, em um contexto de desconhecimento – ou mesmo de ignorância – tecnológico, quando ainda não se conhece o perfeito delineamento das consequências decorrentes de um desenvolvimento tecnológico, que pode acarretar danos. Permite, assim, que – a partir do princípio – se operacionalize um aparato normativo a fim de evitar consequências danosas ao particular<sup>59</sup>.

A ideia é de que o uso desse princípio possa servir como um alerta aos fabricantes, programadores e usuários acerca da importância de ter o cuidado adequado. Sua invocação recorda que a eventual licitude da atividade não se constitui em escudo para evitar eventuais prejuízos a terceiros, na medida em que a autorização para a conduta configura apenas um patamar mínimo de dever, não eximindo o agente da responsabilização por eventuais danos, a partir da identificação de deveres específicos para uma determinada atividade<sup>60</sup>.

Pode-se argumentar que o princípio da precaução talvez tenha mais utilidade, maior emprego, no plano antecedente, ou seja o que versa sobre a necessidade de apontar efetivamente a ilicitude da conduta praticada. Ainda é debatido, ao menos em outros ordenamentos, porém, se sua aplicação possui o efeito de retirar a necessidade da vítima de comprovar, efetivamente, a vinculação direta entre a conduta potencialmente nociva e o efetivo prejuízo<sup>61</sup>, o que poderá ocorrer no âmbito dos danos decorrentes pelo uso da inteligência artificial.

Em um segundo plano, conforme foi antecipado introdutoriamente, constitui-se em uma das propostas mais instigantes acerca do tema proposto

<sup>58</sup> SOUSA E SILVA, Nuno. Direito e Robótica: uma primeira aproximação. *Revista Ordem dos Advogados*, Lisboa, a. 77, p. 504, jan./jun. 2017. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

<sup>59</sup> Cf. PRATO, Enrico del. Precauzione e obbligazione. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, p. 3, 2012.

<sup>60</sup> Nesse sentido, PRATO, Enrico del. Precauzione e obbligazione. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, p. 4, 2012; CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2016. p. 223.

<sup>61</sup> Nesse sentido, com referência a precedentes da jurisprudência francesa, cf. CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2016. p. 223.

saber se seria conveniente atribuir aos robôs uma personalidade jurídica autônoma<sup>62</sup>.

As premissas para essa solução residem nas questões anteriormente indicadas: vislumbra-se nos objetos dotados de inteligência artificial a possibilidade de que se desenvolva uma autonomia e, igualmente, uma capacidade evolutiva de interação com outros seres humanos. Nesses termos, abre-se todo um leque de discussões sobre a possibilidade de serem atribuídos distintos direitos aos robôs, da liberdade, no plano dos direitos fundamentais, passando pela saúde, no quadro dos direitos sociais, à capacidade, no âmbito do direito civil<sup>63</sup>.

Muito embora se possa suscitar que este desenvolvimento – a atribuição da personalidade jurídica própria aos robôs – poderia contribuir para a autonomia de determinadas obrigações contraídas por eles, no âmbito específico da responsabilidade civil, cumpre expressar a visão negativa: não se vislumbra contribuição positiva para a matéria ao conceder-se personalidade jurídica própria aos robôs<sup>64</sup>.

Em essência, abstraindo-se as questões axiológicas e no plano da teoria geral do Direito, no ponto central da responsabilidade civil, a questão do eventual pagamento da indenização às vítimas, em princípio não se extrai uma contribuição central que a outorga da personalidade jurídica própria aos robôs, de modo a torná-los pessoas de pleno direito, no mesmo plano, por exemplo, das pessoas jurídicas. Essa solução não evitaria a necessidade de se alcançar um responsável, potencial e concretamente apto, no plano patrimonial, a fim de reparar o prejuízo causado. Precisamente no terceiro plano de propostas sobre o tema exposto, debate-se, em face da potencial utilização em massa dos mecanismos e bens dotados de inteligência artificial, acerca dos possíveis instrumentos capazes de propiciar melhores condições de proteção na hipótese de danos.

No Direito europeu, como sugestão consta no § 57 da Resolução parlamentar, mencionada acima, a adoção de um seguro obrigatório parecido com o que ocorre com os carros, com especial destaque para o fato de que o seguro

---

<sup>62</sup> Cf. a respeito referências indicadas exemplificativamente na nota 6.

<sup>63</sup> FREITAS JR., Robert. *The legal rights of Robots*. Student Lawyer, 1985, p. 54. Disponível em: <<http://www.rfreitas.com/Astro/LegalRightsOfRobots.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2019, p. 54.

<sup>64</sup> Nesse sentido, LOISEAU, Gregoire. *Le droit des personnes*. Paris: Elipses, 2016. p. 74.

deve considerar todos os componentes potenciais da linha de responsabilidade. Acrescenta, ainda, a ideia de um fundo complementar para abranger os casos não envoltos pelo seguro<sup>65</sup>.

O § 59 da Resolução expõe diversos pontos a serem observados pela Comissão de Direito Civil sobre Robótica, para o fim da elaboração de uma legislação própria<sup>66</sup>: inicialmente, sugere-se criar um regime de seguros obrigatório, para categorias específicas de robôs, em que, como acontece já com os carros, os produtores ou os proprietários de robôs sejam obrigados a subscrever um seguro para cobrir os danos potencialmente causados pelos seus robôs.

Trata-se, aqui, de instituir, no âmbito regulatório do tema objeto do presente trabalho, um mecanismo clássico no Direito europeu – e no Direito francês, em particular, especialmente no que concerne à responsabilidade pelo fato da coisa<sup>67</sup>, o que implica alterações de concepção acerca da responsabilidade do guardião do bem<sup>68</sup>.

Não se desconhece a relevância da figura do seguro e sua difusão no direito privado brasileiro<sup>69</sup>, mas cumpre reconhecer que sua aplicação no âmbito da responsabilidade civil não se compara à projeção ocorrida no Direito europeu. Nesses termos, há que se ter reservas sobre a possibilidade de concretização de uma reforma no direito civil brasileiro, em um ponto tão específico da matéria, quando se verifica que, em temas mais amplos, como o dos acidentes de trânsito, a disciplina dos seguros obrigatórios ainda não foi objeto da devida regulamentação.

<sup>65</sup> UNIÃO EUROPEIA. Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)). 2017. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN#BKMD-12>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

<sup>66</sup> UNIÃO EUROPEIA. Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)). 2017. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN#BKMD-12>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

<sup>67</sup> Nesse sentido, ver VINEY, Geneviève. De la responsabilité personnelle à la répartition des risques. *Archives de Philosophie de Droit*, t. 22, p. 11, 1977.

<sup>68</sup> Cf. VINEY, Geneviève. De la responsabilité personnelle à la répartition des risques. *Archives de Philosophie de Droit*, t. 22, p. 12, 1977.

<sup>69</sup> Ver, por exemplo, COUTO E SILVA, Clóvis. O seguro no Brasil e a situação das seguradoras. In: FRADERA, Vera. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 100.

Ainda como mecanismo de reforço da indenização por danos causados, propugna-se a implementação de fundos de garantia, instrumento igualmente presente no Direito francês, que conhece essa figura desde a década de cinquenta do século XX, para as hipóteses de acidente de trânsito, quando o causador do dano é desconhecido, e que a tem utilizado para casos de danos de massa, como servem de exemplo recente as vítimas de contaminação pela Aids por transfusão de sangue<sup>70</sup>.

Para a hipótese específica aqui versada, sustenta-se, entre outras sugestões, que os fundos de compensação não deveriam servir apenas para garantir uma compensação no caso de os danos causados por um robô não serem abrangidos por um seguro. Idealiza-se, por exemplo, que se estabeleça uma espécie de vínculo entre um robô e o seu fundo, mediante o número de registro individual constante de um registro específico da União que permita que qualquer pessoa que interaja com o robô seja informada da natureza do fundo, dos limites da respectiva responsabilidade em caso de danos patrimoniais, dos nomes e dos cargos dos contribuidores. Além disso, propugna-se que o fabricante, o programador, o proprietário ou o utilizador sejam beneficiários de responsabilidade patrimonial limitada se contribuírem para um fundo de compensação ou se subscreverem conjuntamente um seguro para garantir a indenização quando o dano for causado por um robô.

A referência ao instrumentário concebido para reforçar a garantia de indenização por potenciais danos decorrentes do uso da inteligência artificial escancara a distância que o Direito brasileiro se encontra dessa realidade, na medida em que os fundos de garantia ainda não se concretizaram no ordenamento jurídico nacional, ao contrário do amplo desenvolvimento no cenário europeu<sup>71</sup>.

Ao mesmo tempo, é possível suscitar a discussão sobre a efetiva necessidade desse mecanismo na atualidade, na medida em que ele representa a absorção pela coletividade – ou ao menos por um determinado setor – dos

---

<sup>70</sup> Sobre o tema ver, por exemplo, CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2016. p. 222.

<sup>71</sup> ANDRADE, Fabio Siebeneichler de; SOARES, Flaviana. Os fundos de indenização civil para as vítimas de crime cujo autor é desconhecido ou incerto como exemplo de solidariedade social na responsabilidade civil contemporânea: breves notas de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 17, p. 43-64, jul./set. 2018.

custos necessários para a indenização, quando ainda não se tem presente a real dimensão dos potenciais prejuízos decorrentes<sup>72</sup>.

## CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho consistiu, inicialmente, em tecer considerações gerais acerca da noção de inteligência artificial e suas principais características. Vinculado a esse primeiro item do texto, demonstrou-se que a utilização da inteligência artificial explicita a questão do risco em nossa sociedade, percepção que já está estabelecida em nossa ordem social, mas que cresce de patamar com o emprego dos mecanismos dotados de inteligência não humana.

O tema da responsabilidade civil por ato de outrem, em essência, não se constitui em um “Novum”. Trata-se, na realidade, de uma problemática que acompanha o binômio dano-indenização desde o direito romano, mas que encontra uma inflexão com a industrialização.

Nesses termos, a premissa consiste em ter preocupação com relação às consequências dos atos praticados por robôs, veículos ou outros dispositivos que sejam dotados de inteligência artificial, a fim de pontuar as consequências para o particular e para a sociedade dos eventuais danos decorrentes de suas condutas.

A partir do que foi exposto, cumpre, antes de tudo, pontuar que se deve elevar o debate sobre o tema cada vez mais. O desenvolvimento tecnológico avança a passos largos, enquanto as discussões acerca dos limites e das regras, no âmbito da responsabilidade civil, que devem eventualmente reger as ações dos dispositivos com IA – em especial no Direito brasileiro – ainda estão em seu início. Por essa razão, o presente trabalho tem por objetivo contribuir, minimamente, para a reflexão acerca desta temática, tendo em vista a implicação da massificação do uso desta “nova” tecnologia.

Em linha com o que foi exposto, muito embora possa parecer prematuro estabelecer conclusões definitivas sobre um tema que ainda merecerá detalhamentos em vários ordenamentos jurídicos, e também no nacional, pode-se sugerir que, sem afastar a benesse que possa ser o incremento de eventuais dispositivos específicos no Código Civil, o direito privado brasileiro mostra-se

---

<sup>72</sup> Crítico acerca do que considera uma excessiva ideologização da indenização, CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2016. p. 222.



capacitado para resolver questões decorrentes de responsabilização civil por danos decorrentes da utilização da inteligência artificial.

Essa assertiva decorre, em essência, da estrutura da responsabilidade civil nacional, que tanto possui um regime especial bastante desenvolvido de responsabilidade por fato do produto, prevista no Código de defesa do consumidor – com um sistema claro de solidariedade dentre os partícipes da relação de consumo –, como uma disciplina de responsabilidade por produtos perigosos, inserida no regime comum do Código civil.

Em face desse dúplice e amplo espectro de tutela, a par das regras clássicas da responsabilidade por fato da coisa, a questão da responsabilidade civil decorrente da inteligência artificial apresenta-se, *prima facie*, salvo melhor juízo, mais como merecedora de aprofundamento doutrinário e principiológico, do que necessariamente de reforma legislativa no plano da imputação da responsabilidade.

Diante desse quadro, a ideia de personalização dos robôs, matéria que tem merecido destaque entre os estudiosos, não se apresenta como necessária no Direito brasileiro, ao menos no que concerne ao tema da responsabilidade civil.

Nada impede, por outro lado, que se recomende alterações no plano dos pressupostos e, sobretudo, como se indicou, sobremaneira no que concerne à introdução de mecanismos como fundos de garantia e seguros obrigatórios, a fim de reforçar a possibilidade de indenização dos lesados – estes sim instrumentos da qual o ordenamento jurídico brasileiro é extremamente deficitário!

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 6. ed. Lisboa: Almedina, 1994.
- ANDRADE, Fabio Siebeneichler de; SOARES, Flaviana. Os fundos de indenização civil para as vítimas de crime cujo autor é desconhecido ou incerto como exemplo de solidariedade social na responsabilidade civil contemporânea: breves notas de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 17, p. 43-64, 2018.
- ARGIROFFI, Alessandro; AVITABILE, Luisa. *Responsabilità, rischio, diritto e postmoderno*. 1. ed. Turim: G. Giappichelli, 2008.
- BENSAMOUN, Alexandra; LOISEAU, Gregoire. La gestion des risques de l'intelligence artificielle – De l'éthique à la responsabilité. *La Semaine Juridiqu*, n. 46, 2017.

BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft – Auf dem Weg in eine andere Moderne*. 1. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1986.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 1.354.332/SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 12 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1354332&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 18 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 577.902/DF. Relatora para acórdão: Ministra Nanci Andriighi, 13 de junho de 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=577902 &b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 18 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília/DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2019.

CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2016.

ČERKA, Paulius; GRIGIENĖ, Jurgita; SIRBIKYTĖ, Gintarė. Liability for damages caused by Artificial Intelligence. *Computer Law & Security Review*, Elsevier, v. 31, n. 3, p. 376-389, jun. 2015. Disponível em: <[www.compseconline.com/publications/prodclaw.htm](http://www.compseconline.com/publications/prodclaw.htm)>. Acesso em: 7 fev. 2019.

CHONÉ-GRIMALDI, Anne-Sophie; GLASER, Philippe. Responsabilité civile du fait du robot doué d'intelligence artificielle: faut-il créer une personnalité robotique? In: *Contrats – Concurrence – Consommation*, n. 1, jan. 2018.

COULON, Cedric. Du Robot em droit de la responsabilité civile: à propôs des dommages causes par les choses intelligentes. *Responsabilité civile et assurances*, Paris, 2016.

COUTO E SILVA, Clóvis. O seguro no Brasil e a situação das seguradoras. In: FRADERA, Vera. 1. ed. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FACCHINI NETO, Eugenio. Da responsabilidade civil no novo Código. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 76, 2010.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. *Arbitrium ex machina*: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 995, n. 18341, p. 635-655, set. 2018. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-21.

FREITAS JR., Robert. The legal rights of Robots. *Student Lawyer*, 1985, p. 54. Disponível em: <<http://www.rfreitas.com/Astro/LegalRightsOfRobots.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

GALASSO, Alberto; LUO, Hong. Punishing Robots: issues in the economics of tort liability and innovation in artificial intelligence. In: AGRAWAL, A. K.; GANS, J.; GOLDFARB, A. *The economics of artificial intelligence: an agenda*. Nova Iorque: National Bureau of Economic Research, Inc, 2018. Disponível em: <https://www.nber.org>. Acesso em: 11 fev. 2019.

HERBERGER, Maximilian. Künstliche Intelligenz und Recht – ein Orientierungsversuch. In: *Neue Juristische Wochenschrift*, 2018, v. 39, p. 2825 e ss.

JL, Megan. Are Robots good fiduciaries? Regulating robo-advisers under the Investment Advisers Act of 1940, *Columbia Law Review*, v. 117, 2017, p. 1543 e ss.

KROL, Joshua; HUEY, Joanna; BAROCAS, Solon; FELTEN, Edward W.; REIDENBERG, Joel; ROBINSON, David G.; YU, Halan. *Accountable Algorithms*, University of Pensilvania Law Review, v. 165, p. 633 e ss., 2017.

LEHMAN-WILZIG, Sam N. Frankenstein Unbound: toward a legal definition of artificial intelligence. *Futures: The Journal of Forecasting and Planning*, United Kingdom, v. 13, n. 6, p. 442-457, dez. 1981. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/0016328781901002>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

LOISEAU, Gregoire. *Le droit des personnes*. Paris: Elipses, 2016.

LOISEAU, Gregoire; BOURGEOIS, Matthieu. Du Robot em droit à um droit des robots. *La Semaine Juridique*, Paris, n. 48, 2014.

LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*. 15. ed. Munique: Franz Wahlen, 2017.

McCARTHY, John. *What is artificial intelligence?* Computer Science Department, Stanford University, Stanford, p. 1-14, nov. 2004. Disponível em: <<http://www-formal.stanford.edu/jmc/>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

MERCADAL, Juan José Martínez. Vehículos autónomos y derecho de daños. La estructura clásica de la responsabilidad civil frente al avance de la inteligencia artificial. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas – UNNE*, Montevideo, n. 20, p. 55-73, out. 2018. Disponível em: <<http://revistas.unne.edu.ar/index.php/rfce/issue/view/416/showToc>>. Acesso em: 5 fev. 2019.

OLIVEIRA, Antonio. *Inteligência artificial*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019.

PIRES, Thatiane Cristina Fontão; SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do Parlamento Europeu. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 239 -255, dez. 2017. Acesso em: 4 jan. 2019.

POOLE, David L.; MACKWORTH, Alan K. *Artificial intelligence: foundations of computational agents*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2010.

PRATO, Enrico del. Precauzione e obbligazione. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 2012.

REICHERTZ, Jo. Algorithmen als autonome Akteure, [blog.sociologie.de](http://blog.sociologie.de).

SCHERER, Matthew U. Regulating artificial intelligence systems: risks, challenges, competencies, and strategies. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 29, n. 2, primavera, 2016, p. 354-398. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2609777>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

SILVA, Nuno Sousa e. Direito e robótica: uma primeira aproximação. *Revista Ordem dos Advogados*, Lisboa, a. 77, p. 485-552, jan./jun. 2017. Disponível em: ><https://portal.oa.pt/>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

SURDEN, Harry; WILLIAMS, Mary-Anne. Technological opacity, predictability, and self-driving cars. *Cardozo Law Review*, Nova Iorque, v. 38, p. 121-181, 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2747491>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)). 2017. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN#BKMD-12>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

VINEY, Geneviève. De la responsabilité personnelle à la répartition des risques. *Archives de Philosophie de Droit*, t. 22, 1977.

YUN, Qi. Um estudo sobre a *actio de effusis vel deiectis* no direito romano: com base na análise dos fragmentos D.9, 3 e I. 4,5, *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 14, 2018.

Submissão em: 04.04.2019

Avaliado em: 28.06.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 20.05.2019 (Avaliador B)

Aceito em: 13.08.2019



# CONTROLE JUDICIAL AMPLO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E SEUS LIMITES SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

*WIDE JUDICIAL REVIEW OF THE ADMINISTRATIVE FUNCTION AND ITS LIMITS UNDER THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW*

**Felipe Klein Gussoli<sup>1</sup>**

Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento (PUCPR, Curitiba/PR, Brasil)

**ÁREA(S):** direito constitucional; direito administrativo; direito internacional dos direitos humanos.

**RESUMO:** O artigo busca identificar, na relação entre Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Internacional dos Direitos Humanos, as possibilidades e os limites do controle jurisdicional sobre a função administrativa. Identifica o paradigma contemporâneo de Estado Convencional de Direito, a força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e de que modo normas da Convenção Americana sobre Direitos

Humanos e jurisprudência da Corte Interamericana interferem na atuação dos agentes públicos e na compreensão do controle judicial no Brasil. O trabalho demonstra ainda os impactos que o regime convencional produz na limitação da discricionariedade administrativa, bem como na limitação da própria atuação do Poder Judiciário. Ao fim, sugere mecanismos de contenção do subjetivismo do julgador e de deferência do Judiciário para com as decisões da Administração Pública.

**ABSTRACT:** *The article seeks to identify in the relationship between Administrative*

---

<sup>1</sup> Coordenador Adjunto e Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Curitiba/PR, Brasil). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (Curitiba/PR, Brasil). Professor do Curso de Especialização em Licitações e Contratos Administrativos da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (NUPED) da PUCPR. Advogado. *E-mail:* gussoli@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2411511051334038>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2585-6548>.

*Law and International Human Rights Law the possibilities and limits of judicial control over administrative function. It identifies the current paradigm of the Conventional Rule of Law, the normative force of international human rights treaties, and how the American Convention on Human Rights and jurisprudence of the Inter-American Court interfere with the performance of public agents and the understanding of judicial control in Brazil. The article also demonstrates the impacts that the conventional regime produces on the limitation of administrative discretion, as well as on the limitation of the Judiciary itself. In the end, it suggests mechanisms of containment of the subjectivism of the judge and deference of the Judiciary to the decisions of the Public Administration.*

**PALAVRAS-CHAVE:** controle de convencionalidade; interpretação convencionalmente adequada; Pacto de São José da Costa Rica; controle jurisdicional; limites ao controle jurisdicional.

**KEYWORDS:** *control of conventionality; interpretation; Pact of San José of Costa Rica; judicial control; limits to judicial review.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Aplicação de tratados internacionais de direitos humanos no exercício da função administrativa: dificuldades e resistências; 2 Controle jurisdicional amplo da função administrativa: artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e jurisprudência da Corte IDH; 3 Limites à interferência judicial na decisão administrativa: aumento do ônus argumentativo do julgador, distribuição adequada do ônus da prova processual e deferência; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Application of international human rights treaties in the exercise of the administrative function: difficulties and resistance; 2 Extensive jurisdictional control of the administrative function: article 25 of the American Convention on Human Rights and jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights; 3 Limits to judicial interference in administrative decision: increase of the argumentative burden of the judge, adequate distribution of the burden of procedural evidence and deference; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

**E**ste estudo busca compreender, na intersecção do Direito Constitucional, do Direito Administrativo e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, quais as possibilidades e os limites da interferência do Poder Judiciário nas escolhas do Poder Público. Mesmo sem fazer uma classificação sobre os diversos modos de atuação do Poder Público em diferentes áreas, a partir de uma perspectiva dogmática o artigo visa chamar

atenção para a existência de tratados internacionais de direitos humanos que, em tese, alteram o modo de compreensão do Direito interno e levam a alterações no exercício das funções administrativa e judicial.

Nesse sentido, a estrutura normativa do atual modelo de Estado Convencional de Direito contempla, além da Constituição e das leis inferiores, também os tratados internacionais como paradigma do exercício de controle de convencionalidade<sup>2</sup>. Eles são parte essencial da regulamentação da ordem jurídica mundial, para a qual soluções locais não são suficientes para o enfrentamento de problemas globais. Por isso não é de nada estranho que a lei interna conviva com as convenções produzidas no âmbito internacional, tal como instituições de natureza internacional convivem com as estruturas de organização estatal internas<sup>3</sup>.

Entre as espécies de tratados internacionais<sup>4</sup> está aquela que protege direitos humanos. A tendência mundial é a formação de um constitucionalismo que transita de “documentos legislados nacionalmente para pactos construídos negocialmente em escala internacional sob o formato de tratados, como é o caso dos tratados internacionais de direitos humanos”<sup>5</sup>. A importância desses tratados aloca-se na relevância da proteção do ser humano, finalidade precípua do Direito<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> GOMES, Eduardo Biacchi; ZANCHI, Deborah Maria. O controle de convencionalidade como instrumento de proteção aos direitos sociais: desdobramentos da Convenção nº 158 da OIT. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 45, n. 144, p. 207-253, jun. 2018, p. 211 e ss.

<sup>3</sup> GANHÓ, Luciano Giambarresi; BRANDT, Rafael Weiss. Organização política regional na América-Latina: necessidade específica ou escolha caprichosa. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 113-135, jul./dez. 2014, p. 126.

<sup>4</sup> Os tratados podem ser divididos em tratados internacionais comuns e tratados internacionais de direitos humanos. Na categoria dos tratados comuns estão os tratados mercantis, territoriais e de cooperação, por exemplo. Esses últimos, segundo o Supremo Tribunal Federal, têm valor legal, excepcionados os de Direito Tributário, com valor supralegal por disposição do Código Tributário Nacional (MAZZUOLI, Valerio; GOMES, Luiz Flávio. *Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional?* *Revista de Direito*, v. 12, n. 15, p. 7-20, 2009, p. 8-9).

<sup>5</sup> VIEIRA, Gustavo Oliveira; MORAIS, José Luis Bolzan de. A internacionalização do Direito a partir dos direitos humanos – Reflexões iniciais para o futuro do constitucionalismo. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 175-184, jul./dez. 2012, p. 183.

<sup>6</sup> “O agir estatal e o agir do cidadão em face do Estado e dos seus semelhantes, não pode perder de vista – mormente na tratativa de um tema dessa importância – a base antropológica comum que deflui da Constituição: o princípio da dignidade do ser humano, principal justificativa para a existência



Os tratados internacionais de direitos humanos devem ser estudados, lidos, interpretados e aplicados segundo a lógica exposta do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cujos pilares são a centralidade da pessoa humana e a cooperação entre os povos em torno da paz<sup>7</sup>. A Constituição brasileira de 1988 assim reconhece quando, em seu art. 4º, II, determina que a República Federativa do Brasil seja regida em suas relações internacionais pela “prevalência dos direitos humanos”<sup>8</sup>. Ao positivá-lo, o Constituinte originário “está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal”<sup>9</sup>.

Segundo posicionamento jurisprudencial atualmente prevalecente, a vigência do tratado no ordenamento interno só se inicia após a promulgação pelo Chefe do Poder Executivo Federal. Essa é a posição acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, exemplificada no julgamento do Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8.279-4-Argentina, no qual o Plenário da Corte definiu a necessidade de promulgação pelo Presidente da República seguida de *publicação* do decreto executivo em diário oficial para dar início à vigência dos tratados no plano interno<sup>10</sup>. Até que se estabeleça posição diversa, como, por exemplo, a que acolhe como data de início da vigência do tratada o momento do depósito do instrumento de ratificação, é válido o entendimento segundo o qual é necessário

---

de qualquer norma.” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 15)

<sup>7</sup> MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFRRN, 2015. p. 54.

<sup>8</sup> Constituição Federal, art. 4º: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos”.

<sup>9</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 107.

<sup>10</sup> “A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do Mercosul depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então - e somente então - a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8.279-4-Argentina, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, Julgado em 17.06.1998, Publicado em 10.08.2000)

o Decreto Presidencial para fazer valer a norma internacional no plano interno<sup>11</sup>. Portanto, desde a publicação do texto do tratado em diário oficial na forma de decreto executivo que os tratados internacionais de qualquer espécie, inclusive os de direitos humanos, têm força normativa vinculante em face de todos os Poderes de Estado e dos particulares<sup>12</sup>.

A Constituição de 1988 impulsionou a ratificação de diversos tratados de direitos humanos por meio da regra que dá primazia aos direitos humanos nas relações internacionais. Apesar das críticas na doutrina especializada que majoritariamente defende hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos<sup>13</sup>, o Supremo Tribunal Federal posiciona-se no sentido de que a hierarquia desses diplomas normativos é *supralegal*<sup>14</sup>. Isto é, as leis e os atos administrativos só serão válidos no ordenamento brasileiro quando passar pelo teste de dupla compatibilidade vertical com a Constituição e com as normas de Direito Internacional de Direitos Humanos<sup>15</sup>.

Sem reduzir a importância de outros tratados, para esse breve estudo calha bem lembrar do principal tratado de direitos humanos incorporado no Brasil: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica. A Convenção Americana, incorporada pelo Decreto Executivo nº 678/1992, é o principal instrumento de proteção de direitos humanos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos<sup>16</sup>. Cabe

<sup>11</sup> Tal posicionamento foi defendido pelo Ministro Luiz Edson Fachin no Processo de Registro de Candidatura nº 0600903-50.2018.6.00.0000-TSE, no qual Luiz Inácio Lula da Silva buscava candidatar-se à presidência, não obstante a suspensão de seus direitos políticos. O voto contém considerações importantes sobre o início da vigência dos tratados, defendendo que basta a aprovação congressual por Decreto Legislativo para garantir publicidade à normativa.

<sup>12</sup> “Os efeitos internos do tratado dependerão, em todo caso e independentemente da publicação do decreto presidencial, do início da vigência do pacto no plano internacional.” (MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados...*, p. 155).

<sup>13</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito...*, p. 118.

<sup>14</sup> Esse posicionamento consolidado na Súmula Vinculante nº 25, proibitiva da prisão civil por dívidas, originou-se no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP pelo Supremo Tribunal Federal, após longo percurso de afirmação do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil. No julgamento ocorrido em 03.12.2008 – mesma data em que foram julgados o Recurso Extraordinário nº 349.703/RS e os *Habeas Corpus* nº 92.566/SP e nº 87.585/TO –, o Judiciário brasileiro reconheceu a impossibilidade de manutenção do entendimento retrógrado e fechado que pretendia a hierarquia legal dos tratados de direitos humanos incorporados.

<sup>15</sup> MAZZUOLI, Valerio; GOMES, Luiz Flávio. *Tratados internacionais...*, p. 19.

<sup>16</sup> O SIDH conta com quatro principais diplomas normativos: (i) Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948; (ii) Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948;

à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), sediada na Costa Rica, interpretar a Convenção Americana e resolver litígios dentro de sua esfera de competência. O Brasil, aliás, declarou expressamente o reconhecimento da competência da Corte IDH para interpretação e aplicação do tratado, e, no art. 1º do Decreto Executivo nº 4.463/2002, reconheceu-se expressamente a competência interpretativa e contenciosa da Corte<sup>17</sup>.

Desse modo, não há dúvida de que o Brasil: (i) reconhece a força normativa de tratados internacionais de direitos humanos incorporados; (ii) reconhece hierarquia privilegiada a esses tratados, que, por sua vez, devem orientar a hermenêutica de todo o ordenamento jurídico para uma legítima *interpretação convencionalmente adequada* das normas; (iii) incorporou como um dos principais tratados a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; e (iv) reconhece formalmente a competência consultiva e contenciosa da Corte IDH, de sorte que deve respeito às suas decisões e à sua jurisprudência.

Diante disso, cabe, então, questionar se a normativa e jurisprudência convencional extraídas da Convenção Americana refletem no exercício da função administrativa e no seu controle pelo Poder Judiciário brasileiro.

## **1 APLICAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA: DIFICULDADES E RESISTÊNCIAS**

De modo a atender o interesse público e para garantir e implementar os direitos convencionais previstos em tratados internacionais de direitos humanos, é dever de todo aparato estatal atuar em respeito ao regramento internacional, incluídos, portanto, os agentes públicos na aplicação do Direito e

---

(iii) Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969; e (iv) Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988, também denominada Pacto de São Salvador (RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009, p. 114).

<sup>17</sup> Decreto Executivo nº 4.463/2002, art. 1º: “É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998”.

nas suas condutas materiais<sup>18</sup>. O art. 2 do Pacto de São José não deixa espaço para incertezas, sendo um compromisso dos Estados signatários “adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

A atividade administrativa se desenvolve por meio dos agentes públicos, formalizada no mais das vezes em processos administrativos que culminam em decisões a respeito da condução devida pelo Poder Público para satisfação do interesse público. Comparativamente, entre funções legislativa, judicial e administrativa, esta última “é aquela que se encontra mais próxima ao cidadão”<sup>19</sup>. O exercício de atividades próprias do Estado, a satisfação e garantia de exercício dos direitos fundamentais, a utilização de serviços públicos, o exercício de atividades econômicas em sentido estrito reguladas, o exercício de atividades sujeitas ao poder sancionador da Administração, ou mesmo os pleitos mais básicos, como, por exemplo, a solicitação de documentos ou certidões: em praticamente toda relação do ser humano com o Estado o cidadão espera uma decisão administrativa relativa a algum aspecto de sua vida em sociedade.

É de se esperar, então, que, no exercício da função administrativa que deságua em uma decisão administrativa, a Administração Pública aja em consonância com o ordenamento jurídico. Uma vez que o Estado não é pessoa natural, mas uma ficção cuja manifestação de vontade psíquica é impossível, aquele conduz sua atuação unicamente por meio do Direito. Assim, em decorrência da força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, espera-se que o Poder Público aja por meio de seus agentes de acordo com os princípios e as regras de Direito Internacional dos Direitos Humanos, principalmente aqueles previstos de modo expresso em tratados que o Brasil incorporou na forma definida constitucionalmente. É dever dos entes e órgãos estatais que o integram, não importa de qual Poder, respeitar e fazer valer os tratados internacionais de direitos humanos.

---

<sup>18</sup> GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 11.

<sup>19</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014. p. 554.

No entanto, existe notória resistência dos agentes públicos brasileiros em aplicar os tratados e reconhecer a jurisprudência internacional, fator impeditivo de uma cultura de direitos humanos no País<sup>20</sup> e que torna o Direito Administrativo da prática deslocado do conteúdo dos tratados internacionais de direitos humanos vigentes e distante do compromisso constitucional com a primazia dos direitos humanos<sup>21</sup>. Talvez por ignorância, talvez por recusa indevida em reconhecer a normatividade dos tratados, o que se verifica é *resistência* em relação ao paradigma da convencionalidade.

No dia a dia, notam-se decisões administrativas arbitrárias, abusivas da competência discricionária, que desconsideram os direitos do cidadão e colocam as razões de Estado em primeiro plano. Notam-se, ainda, estruturas administrativas complexas, fechadas em si mesmas e criadoras de empecilhos de toda sorte para o cidadão acessar informação e dados estatais e/ou exercer direitos humanos básicos, como saúde, educação e transporte. O trato com o cidadão no atendimento de suas solicitações e necessidades, que deveria ser ao mesmo tempo cordial, célere e impessoal, muitas vezes deixa a desejar nesses aspectos e em outros que o regime jurídico-administrativo impõe. Como aponta Daniel Wunder Hachem, o Direito Internacional dos Direitos Humanos ainda não influenciou no Direito Administrativo “com tanta expressão e concretude no cenário brasileiro”<sup>22</sup>.

Para alguns, as razões disso seriam “de natureza político-jurídica e têm raízes em uma visão de Estado nacionalista e paroquial, associada a práticas políticas privatistas e não-inclusivas ainda remanescentes tanto no Estado quanto na sociedade civil”<sup>23</sup>. Mas a par das razões histórico-culturais que levam supostamente à ineficiência estatal no atendimento à primazia dos direitos humanos, e embora elas sejam de grande importância, a diretriz normativa que ora serve de guia para este breve estudo opta pela demonstração daquilo que a atividade administrativa se obriga a incorporar por força *normativa* dos

---

<sup>20</sup> CEIA, Eleonora Mesquita. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. *Revista Emerj*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan./mar. 2013, p. 140.

<sup>21</sup> BERNARDES, Marcia Nina. Sistema interamericano de direitos humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. *Revista Internacional de Direitos Humanos - SUR*, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 135-155, dez. 2011, p. 136.

<sup>22</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais, p. 325.

<sup>23</sup> BERNARDES, Marcia Nina. Sistema interamericano de direitos humanos..., p. 136.

tratados de direitos humanos vigentes. Pratica-se aqui, portanto, um exercício teórico de “dever-ser” cujo objetivo é a reflexão no sentido de alterar os rumos do que a disciplina administrativa ordinariamente indica aos agentes públicos brasileiros na rotina das repartições. Afinal de contas, nenhuma nação firma um tratado para descumprir-lo<sup>24</sup>, e, não obstante a prática dissolva a obviedade da afirmação<sup>25</sup>, é papel do jurista expor os equívocos da praxe de modo a chamar atenção para as mudanças necessárias. E nesse cenário, inclusive de descumprimento do regime de convencionalidade adotado pelo Brasil, é que exsurge a importância de considerar as possibilidades e os limites de interferência da função jurisdicional na atividade administrativa de modo a corrigi-la. De que modo, então, o Direito Internacional dos Direitos compreende o espaço de atuação do Poder Judiciário?

## 2 CONTROLE JURISDICIONAL AMPLO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA: ARTIGO 25 DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH

O paradigma da juridicidade<sup>26</sup> altera a compreensão das bases do Direito Administrativo e permite ampliar o espectro normativo que serve de parâmetro de atuação. Qualquer atuação estatal (legislativa, judicial ou administrativa) que se contraponha aos direitos humanos é inválida, pois são esses direitos básicos incorporados no ordenamento jurídico que legitimam o agir do Estado e seus agentes<sup>27</sup>. A totalidade das atividades estatais deve ser voltada à realização do interesse público, em conformidade com a Constituição, mas também em conformidade com os tratados de direitos humanos.

---

<sup>24</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El concepto de convencionalidad: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras. Tese Pós-Doutoral. Universidad Carlos III de Madrid; Universidad Externado de Colombia. Madrid, 2016. p. 288.

<sup>25</sup> CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: *El constitucionalismo contemporáneo: homenaje a Jorge Carpizo*. México: Unam, 2013. p. 67-98. p. 68.

<sup>26</sup> Paulo Otero explica o fenômeno inicialmente a partir da inserção de normas principiológicas nas Constituições a partir da segunda metade do século XX: “Um sistema tendencialmente fechado de legalidade é substituído por um sistema predominantemente aberto: a legalidade administrativa, à semelhança do que sucede com o sistema constitucional [...], torna-se predominantemente principialista em certos sectores de actividade” (OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 164-167).

<sup>27</sup> CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad..., p. 70.

Cabe ao Legislativo editar normas que orientem a função administrativa de acordo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, seja nas leis que sugerem atuação vinculada ou discricionária do Poder Público na atividade administrativa. Por outro lado, a interpretação do ordenamento jurídico conforme os tratados de direitos humanos, ou *interpretação convencionalmente adequada*, restringe inclusive a discricionariedade administrativa<sup>28</sup>. Repita-se: uma vez que o Poder Executivo ratificou o tratado, a escolha do melhor meio de atingir o interesse público mediante a edição de um ato discricionário deve ser realizada à luz da Constituição e dos tratados.

Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) indicam limites ao exercício da competência discricionária da Administração. No Caso Baena Ricardo vs. Panamá, como bem recorda Gregorio Flax, a Corte colocou os direitos humanos como freios à discricionariedade e à utilização indiscriminada de razões de “ordem pública”<sup>29</sup>. No parágrafo 126 do Caso Baena Ricardo, a Corte foi expressa sobre a redução da margem de discricionariedade e impossibilidade de invocar abstratamente o argumento de ordem pública para limitar direitos. A Corte IDH sugeriu, ademais, a necessidade de regulamentação detalhada da atividade administrativa de modo a evitar ampla margem de oportunidade e conveniência<sup>30</sup>. Nesse mesmo sentido, no Caso Meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana, ao passo em que sublinhou os requisitos para obtenção de nacionalidade, a Corte destacou a necessidade de que leis não sejam abertas a ponto de conceder ampla e irrestrita discricionariedade a servidores públicos, o que leva a arbitrariedades e discriminações<sup>31</sup>. Os entendimentos

<sup>28</sup> MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía. A recepção dos tratados de direitos humanos pelos tribunais nacionais: sentenças paradigmáticas de Colômbia, Argentina e Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 48, p. 76-112, jan./jul. 2016, p. 86.

<sup>29</sup> FLAX, Gregorio. La submisión del Derecho Administrativo a los tratados internacionales de derechos humanos. *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, Ciudad de México, a. 8, n. 16, p. 353-382, jul./dez. 2014, p. 362.

<sup>30</sup> “Em qualquer ramo, inclusive trabalhista e administrativo, a discricionariedade da administração tem limites intransponíveis, sendo um deles o respeito pelos direitos humanos. É importante que a ação da Administração esteja regulamentada, e ela não pode invocar a ordem pública para reduzir discricionariamente as garantias dos administrados. Por exemplo, a Administração não pode emitir sanções administrativas sem dar a sanção a garantia do devido processo.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo vs. Panamá, 02.02.2001, §126)

<sup>31</sup> “De acordo com a obrigação derivada do art. 2 da Convenção Americana, a Corte considera que os requisitos para a obtenção da nacionalidade devem ser estabelecidos com anterioridade, de forma objetiva e clara pela autoridade competente. No mesmo sentido, a lei não deve conceder um amplo

demonstram a impossibilidade de decisões puramente discricionárias desprovidas de motivação<sup>32</sup>, e, portanto, atreladas ao arbítrio.

Algumas situações concretas, aliás, podem também reduzir a discricionariedade administrativa a zero. Dever discricionário não é optar indistintamente sempre por uma das alternativas deixadas em aberto pela lei. No caso concreto, é dever do administrador optar pelo caminho que melhor atende à finalidade legal. Por isso mesmo que algumas vezes se interpreta expressões verbais do tipo “poderá” como “deverá”. Em alguns casos, a discricionariedade abstrata pode se tornar uma vinculação *in concreto*. A seu turno, a adoção da solução pela Administração que não é ótima para a situação concreta acarreta, sempre, a possibilidade de controle judicial do ato<sup>33</sup>. Isso é, a redução da discricionariedade do ato e decisão administrativa está acompanhada pela ampliação da margem de controle pelo Poder Judiciário.

Por isso mesmo que a clássica lição de Seabra Fagundes, repetida sem reflexão em todos os Tribunais do Brasil<sup>34</sup>, já não corresponde ao que impõe

---

poder discricionário ao funcionário do Estado que os aplica, porque se assim fosse possível, seria criado um espaço para a aparição de atos discriminatórios.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana, 08.09.2005, §191)

<sup>32</sup> FLAX, Gregorio. *La sumisión del Derecho Administrativo...*, p. 363-364.

<sup>33</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 9-48.

<sup>34</sup> Apenas para citar um entre inúmeros exemplos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, veja-se o seguinte caso ementado: “ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – MANDADO DE SEGURANÇA – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – DEMISSÃO – RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO NO INDEFERIMENTO DE REPETIÇÃO DE PROVAS – MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO – IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO – 1. Processo administrativo que apurou e concluiu pela solicitação e recebimento de vantagem indevida para liberação de veículo que transportava mercadorias sem nota fiscal. Alegação de inobservância do contraditório e da ampla defesa no PAD. Requerimento de repetição de atos realizados, a partir do novo exame no incidente de sanidade mental. Indeferimento. Ausência de prejuízo. 2. Designações reiteradas para o interrogatório do acusado. Ausência de cerceamento de defesa. 3. Hipótese em que o impetrante não apresentou justificativa adequada para necessidade de repetição de produção de provas. 4. Compete ao Poder Judiciário apreciar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, a regularidade do procedimento administrativo disciplinar sem, contudo, reexaminar as provas para adentrar o mérito da decisão administrativa. No caso, não houve erro invencível que justificasse a intervenção do Judiciário. Prova suficiente para o reconhecimento da infração praticada pelo impetrante. 5. Proporcionalidade e vinculação da sanção aplicada. 6. Mandado de segurança denegado” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Mandado de Segurança nº 21.985/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Julgado em 10.05.2017, Publicado em 19.05.2017).



o paradigma convencional do Direito Administrativo. Afirmar que ao “Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos” e que lhe cabe “examiná-los, tão somente, sob o prisma da legalidade”<sup>35</sup> não constitui afirmativa correta sob o ponto de vista do Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>36</sup>.

João Batista Gomes Moreira afirma que “chega a ser questionável, hoje, se subsiste a dicotomia *legalidade* e *mérito* para efeito de impedir o controle jurisdicional do mérito, ou se a *legalidade* teria sido substituída pela *juridicidade*, conceito este que inclui o *mérito* do ato administrativo”<sup>37</sup>. É dizer, a juridicidade é reafirmada pela força normativa dos tratados de direitos humanos incorporados, cuja previsão de normas superiores à lei e atos administrativos condiciona a edição de ato administrativo orientado pelos princípios de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Se algum ato ou decisão administrativa, mesmo discricionário, não se compatibiliza com a diretriz traçada pelas normas de tratados internacionais, ou seja, se a escolha administrativa não se pauta pela normativa constitucional ou internacional, caberá ao Judiciário o exercício da competência invalidadora quando provocado<sup>38</sup>.

A ideia central, diante do paradigma convencional vivenciado pelo Direito Administrativo atual, é de que, como afirma Rogério Gesta Leal,

---

<sup>35</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 179.

<sup>36</sup> Aliás, não constitui perspectiva correta sob as lentes do Direito Administrativo constitucionalizado pura e simplesmente. Como afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto, sem adentrar no tema dos tratados de direitos humanos, “a revisão da discricionariedade, já entendida como amplamente sindicável, [...] é a hoje assente no Direito Administrativo pós-moderno” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 574).

<sup>37</sup> MOREIRA, João Batista Gomes. Controle judicial das sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 146.

<sup>38</sup> Para uma análise da possibilidade ampla de controle de atos administrativos, inclusive dos atos políticos ou de governo e atos *interna corporis*, incluindo até mesmo o dever de motivar a nomeação em cargos de comissão, cf. PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Sobre a possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas, ver: BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Fabris, 2013.

há no País hoje a possibilidade de exercitar o Poder Judiciário um controle jurisdicional de juridicidade *lato e stricto sensu* sobre a Administração Pública, alcançando inclusive os elementos constitutivos desta ação (ato) administrativo, vale dizer, sobre a valoração administrativa que envolve os juízos de motivação, objeto, forma, oportunidade e conveniência para a prática do ato, suas bases fundantes de moralidade, proporcionalidade e razoabilidade.<sup>39</sup>

Nesse sentido, *o amplo controle* do conteúdo do ato administrativo pelo Judiciário foi analisado no Caso Barbaní Duarte e outros *vs.* Uruguai pela Corte IDH. A Corte naquele caso rechaçou veementemente os argumentos comumente empregados pelo Judiciário brasileiro de que a revisão do mérito do ato administrativo é impossível no controle judicial. A jurisprudência da Corte IDH traduzida no Caso Barbaní Duarte de 2011 afirma que “não há revisão judicial se o órgão judicial estiver impedido de determinar o objeto principal da controvérsia, como ocorre, por exemplo, nos casos em que se considerado limitado pelas determinações fáticas ou jurídicas feitas pelo órgão administrativo que foram decisivas na resolução do caso”<sup>40</sup>. Ou seja, da perspectiva convencional e conforme o entendimento da Corte IDH, não existe ato administrativo ou decisão administrativa infensos ao controle judicial. Discricionário ou não, o ato poderá ser revisto pelo Poder Judiciário se o exercício da competência administrativa contrariou regras ou princípios jurídicos, especialmente aqueles previstos em tratados de direitos humanos.

---

<sup>39</sup> LEAL, Rogério Gesta. Controle da Administração Pública no Brasil: anotações críticas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 5, n. 20, p. 125-143, abr./jun. 2005, p. 136-137.

<sup>40</sup> O parágrafo integral está assim redigido: “Esta Corte coincide com a Corte Europeia, em termos gerais, ao entender que existe uma revisão judicial suficiente quando o órgão judicial examina todas as alegações e argumentos submetidos ao seu conhecimento sobre a decisão do órgão administrativo, sem declinar de sua competência para resolvê-los ou na determinação dos fatos. Pelo contrário, esta Corte considera que não há revisão judicial se o órgão judicial estiver impedido de determinar o objeto principal da controvérsia, como ocorre, por exemplo, nos casos em que se considerado limitado pelas determinações fáticas ou jurídicas feitas pelo órgão administrativo que foram decisivas na resolução do caso” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barbaní Duarte e outros *v.* Uruguai, Publicado em 13.10.2011, § 204).

Esse é, aliás, o conteúdo expresso do art. 25 do Pacto de São José da Costa Rica<sup>41</sup>. A norma, ao prever o direito a um recurso<sup>42</sup> “perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção”, garante o amplo controle, *sem exceção*. A norma convencional confirma, aliás, a norma prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição<sup>43</sup>, sobre a inafastabilidade do controle judicial de todo ato administrativo. Afinal, nem mesmo a norma constitucional previu reservas ao controle judicial<sup>44</sup>. Nesse sentido, não cabe ao intérprete posicionar exceção onde a norma, além de não a contemplar, a afasta.

Concorda-se, portanto, com Mauro Roberto Gomes de Mattos, segundo quem

não vigora mais a ideia da discricionariedade clássica, onde a oportunidade e a conveniência eram impenetráveis ao controle judicial, pois os princípios constitucionais foram instituídos para disciplinar uma unidade em todos os atos públicos, podendo haver análise de mérito do ato administrativo.<sup>45</sup>

Quer dizer, então, que não só a interpretação conferida pela Corte IDH, mas a literalidade da norma do art. 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos revoga definitivamente a doutrina multiplicada no Brasil de que o

<sup>41</sup> Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 25: “Proteção judicial 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados Partes comprometem-se: a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso”.

<sup>42</sup> “A palavra ‘recurso’, empregada nesses textos internacionais, deve ser compreendida não só em seu sentido estrito de ‘recurso propriamente dito’ (contra uma decisão já proferida), senão também no seu sentido mais amplo de meio ou instrumento jurídico adequado à defesa de um direito.” (GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 217)

<sup>43</sup> Constituição Federal, art. 5º: “[...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>44</sup> MOREIRA, João Batista Gomes. *Controle judicial...*, p. 146.

<sup>45</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de direito administrativo disciplinar*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008. p. 53.

mérito do ato administrativo não está sujeito ao controle judicial<sup>46</sup>. Como se verá, deve haver limites a esse controle, notadamente nas questões técnicas<sup>47</sup>, mas não se pode mais recusar a apreciação das causas levadas a juízo sob o fundamento de que o Judiciário não pode analisar o mérito do ato administrativo<sup>48</sup>. Toda afirmação desse jaez estará eivada de vício de *inconvencionalidade* por afronta à norma do art. 25.1 do Pacto de São José.

### 3 LIMITES À INTERFERÊNCIA JUDICIAL NA DECISÃO ADMINISTRATIVA: AUMENTO DO ÔNUS ARGUMENTATIVO DO JULGADOR, DISTRIBUIÇÃO ADEQUADA DO ÔNUS DA PROVA PROCESSUAL E DEFERÊNCIA

Reconhecer a existência de norma convencional que garante o controle amplo da Administração no Brasil não afasta as críticas à ampla recorribilidade ao Poder Judiciário, que no Brasil dos últimos anos incorreu em evidentes excessos no exercício de suas competências<sup>49</sup>. Tanto as deficiências técnicas do Judiciário quanto o déficit democrático inerente à escolha dos seus membros são

<sup>46</sup> Germana de Oliveira Moraes chega à conclusão semelhante, mas a partir de classificação que leva em conta os elementos do ato administrativo. Ao mencionar um controle de legalidade sobre os aspectos vinculados do ato administrativo, defende ao mesmo tempo a possibilidade de controle dos demais aspectos discricionários à luz dos princípios. De igual forma o posicionamento contrapõe a corrente dominante na jurisprudência e permite enveredar no mérito. Cf. MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

<sup>47</sup> “Portanto, do ponto de vista dos direitos fundamentais e do princípio da proporcionalidade, a margem de atuação das autoridades (poder discricionário e margem de apreciação) não escapa do controle judicial e, com tal perspectiva, na realidade, a afirmação de que ‘o juiz não deve interferir na margem de decisão das autoridades’ deve aplicar-se a situações bem específicas, como as de controle sobre decisões administrativas com conteúdo técnico estranho ao direito, em que o juiz não tem habilitação ou não tem maior habilitação (em relação às autoridades) para controlar o conteúdo (de discricionariedade e de apreciação) daquelas decisões.” (PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 167-204, jan./abr. 2017, p. 174)

<sup>48</sup> Há outras perspectivas de análise do mesmo tema, de autores que entendem pela insuficiência da teoria da discricionariedade administrativa para lidar com os novos desafios da Administração Pública e de um Direito dito pós-moderno. Sobre abandono da discricionariedade, a mutação constitucional em direção à função regulatória (teoria da escolha regulatória), e a defesa da tomada de decisões técnicas, científicas e de acordo com os princípios constitucionais, notadamente a proporcionalidade, cf. GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

<sup>49</sup> Para uma abordagem elucidativa sobre a questão, cf. GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017.

pontos importantes que devem ser equacionados na defesa do alargamento do controle judicial decorrente da juridicidade<sup>50</sup>. Nada afinal garante que a decisão judicial será melhor que a administrativa<sup>51</sup>, e muitas vezes parece ser o contrário verdadeiro.

Porém, mesmo assim, a normativa convencional garante ao cidadão amplo recurso a um poder distinto daquele que exarou uma decisão administrativa que a seus olhos foi prejudicial, do que não se pode escapar fazendo uso de doutrina sem base jurídica como aquela da impossibilidade de controle do mérito do ato ou decisão administrativos. A boa dogmática jurídica e o respeito à juridicidade são garantias da continuidade do Estado de Direito. E a ordem jurídica impactada pelos tratados internacionais de direitos humanos leva, em uma perspectiva dogmática que precisa ser respeitada, à ampliação do controle judicial da atividade administrativa e extinção da replicada (e inconventional) ideia de impossibilidade de controlar o mérito do ato administrativo. Todavia, como frear os excessos e conter a invasão ilegítima do controle jurisdicional na esfera administrativa? Quais os limites?

Em primeiro lugar, não se ignora o papel relevante do legislador na busca do ponto ótimo do controle jurisdicional, no qual reine a (utópica, é verdade) harmonia entre os Poderes. A Lei nº 13.655/2018 que incorporou novos dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) é exemplo dessa atuação desejada, na medida em que estabelece condicionantes à atuação judicial e exige maior ônus argumentativo do órgão de controle para fins de invalidação da decisão administrativa.

Em segundo lugar, como forma de barrar interferências excessivas do Judiciário nas escolhas da Administração Pública, outra solução é regulamentar ao máximo a utilização de competências discricionárias, o que auxilia a completar o quadro necessário de redução de discricionariedade e erradicação absoluta do

---

<sup>50</sup> “Em suma, a consagração do princípio da juridicidade, conquanto possua o mérito de atualizar o projeto do estado de direito no direito administrativo ao situá-lo na lógica do constitucionalismo, implica o fortalecimento do papel do Poder Judiciário na revisão dos atos administrativos. Se isso tem um lado positivo por reforçar os meios de supervisão da administração, há uma face problemática quando se consideram aspectos de legitimidade (técnica e democrática).” (CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, v. 274, p. 175-208, jan./abr. 2017, p. 197)

<sup>51</sup> Para uma análise da legitimidade do *judicial review* e da necessidade de uma teoria adequada da decisão judicial, cf. MONTEIRO, Fernando Luiz. Controle judicial de constitucionalidade x legitimidade do Poder Judiciário - Desatando nós. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 41, n. 136, p. 197-231, dez. 2014.

arbítrio<sup>52</sup>. Os tratados de direitos humanos reduzem a discricionariedade porque limitam o leque de opções válidas para a Administração. Não é indiferente para o sistema jurídico se a Administração decide entre alternativas lícitas e escolhe aquela menos gravosa para os interesses do particular afetado. Mesmo diante de várias opções lícitas, somente será válida e de acordo com o princípio *pro persona* a escolha discricionária daquela alternativa que melhor harmoniza o conjunto de interesses, o que só é possível diante da opção pela possibilidade que *menos restringe a esfera jurídica do cidadão*. A regulamentação tão exaustiva quanto possível das competências discricionárias é o modo por excelência de efetivar a diretriz jurídica convencional e efetivar um controle judicial amplo, mas *contido*, da função administrativa.

Não se ignora o fato de que é impossível prescindir totalmente das competências discricionárias, pois delas dependem em muitos casos as decisões voltadas à melhor tutela dos interesses públicos<sup>53</sup>. De fato, é uma ilusão pensar que o legislador conseguirá a tempo e de forma adequada regulamentar todos os aspectos da vida social, e por isso a competência discricionária é a solução de que se vale a Administração para a condução ótima da atividade administrativa.

Entretanto, de modo a dar segurança aos cidadãos, contribuir para a redução do espectro de escolhas discricionárias e estabelecer critérios objetivos de controle judicial, é preciso incentivar a regulamentação das rotinas administrativas, às quais se deve dar ampla publicidade. A regulamentação das rotinas administrativas em documentos formais e disponíveis ao público contribuí para a facilitação do controle judicial dos atos administrativos, uma garantia convencional prevista no art. 25 do Pacto de São José como inafastável. Não se trata, portanto, de eliminar a discricionariedade, mas cabe ao Judiciário a verificação de se aquela competência foi adequadamente manejada pela Administração. Se o Judiciário se convencer de que houve a escolha por uma entre duas ou mais opções *válidas* perante o Direito, preserva-se o ato administrativo tal como editado. A regulamentação das competências facilita

---

<sup>52</sup> Deixa-se de tratar das competências vinculadas, uma vez que se a competência vinculada prevista na lei estiver em desacordo com tratados internacionais de direitos humanos não há dúvida alguma que compete ao Poder Judiciário invalidar o ato no controle de convencionalidade, quando provocado. As dúvidas e os problemas mais frequentes estão no âmbito das competências discricionárias.

<sup>53</sup> SADDY, André. Visitando a definição de discricionariedade administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, a. 16, n. 64, p. 149-175, abr./jun. 2016, p. 150.

a existência de um controle judicial deferente para com essas escolhas, e que se guia por critérios objetivos de decisão.

Em terceiro lugar, independentemente do caso (havendo ou não regulamentação exaustiva da competência discricionária), mesmo assim, perante os tribunais, o acerto da discricionariedade será sempre uma questão de ônus da prova. Se o autor da ação judicial ou aquele a quem cabe o ônus da prova<sup>54</sup> comprovar a falta de correspondência da medida administrativa discricionária com as normas jurídicas, demonstrando que o mérito propriamente dito do ato viola princípios ou regras jurídicas de qualquer ramo do Direito, haverá invalidação pelo Poder Judiciário e determinação de expedição de novo ato administrativo pelo Poder Público que dessa vez esteja de acordo com o ordenamento jurídico. Se o autor, no entanto, não satisfaz o ônus probatório suficientemente, cumpre ao Judiciário *prestar deferência à decisão da Administração Pública*, mantendo o ato discricionário hígido. No entanto, o que não se pode admitir é que o Judiciário negue a verificação da adequação da escolha administrativa sob o fundamento de que não pode controlar certos aspectos ou elementos do ato.

Concordar com as teorias defensoras da insindicabilidade da parcela meritória do ato administrativo é ir na contramão da lógica protetiva dos tratados de direitos humanos. Mais que isso, é ir contra normas expressas de tratados que garantem para toda ação estatal um recurso judicial contra atos violadores de normas constitucionais, legais ou convencionais – a exemplo dos emblemáticas normas dos arts. 25.1 e 25.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O art. 25.2 mencionado, aliás, na sua letra *a*, obriga os Estado a se comprometerem “a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso”. A norma convencional, prevendo as possíveis resistências dos Tribunais em analisar parcelas de atos estatais sob o fundamento da insindicabilidade de alguns atos administrativos, determinou aos Estados-partes que se comprometessem a

---

<sup>54</sup> O art. 373 do Código de Processo Civil prevê a distribuição dinâmica do ônus da prova: “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

obrigar os juízes *a decidir quando provocados*. O *non liquet* é reforçado pela norma internacional, válido de modo específico para atos administrativos.

## CONCLUSÃO

Do exposto, está claro que o Brasil aderiu ao regime convencional do Direito Internacional dos Direitos Humanos, incorporando tratados internacionais que obrigam a todos os Poderes de Estado. Normas de natureza convencional, especialmente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, são congêntes e orientam todos os agentes públicos à realização de uma interpretação convencionalmente adequada. E embora o Estado caminhe a passos curtos em prol do reconhecimento da convencionalidade no Direito brasileiro, políticas públicas gestadas inclusive no âmbito do Poder Judiciário<sup>55</sup> já começam abrir espaço para o reconhecimento de uma cultura favorável aos direitos humanos e impactos dos tratados no ordenamento jurídico.

No que diz respeito o controle judicial dos atos administrativos, qualquer manifestação pela inatacabilidade do ato administrativo, inclusive da parcela do mérito do ato administrativo, viola normas de tratados de direitos humanos, notadamente o art. 25.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujo conteúdo abrange a proteção judicial contra *qualquer* ato estatal que lesiona direitos. Portanto, inexistente no modelo de Estado Convencional espaço para defesa de atos estatais insensíveis a controle judicial. O exercício do poder estatal, e para o que aqui importa o exercício da função administrativa, está sempre sujeito à revisão por órgãos de controle do mesmo Poder ou de outros Poderes (art. 25 da Convenção Americana). A norma prevista em tratado internacional de direitos humanos incrementa a disposição constitucional de que *qualquer* ato está sujeito a controle judicial. O art. 5º, XXXV, da Constituição brasileira não

---

<sup>55</sup> O Conselho Nacional de Justiça, em maio de 2019, apresentou estudo propositivo acerca da integração das metas de desenvolvimento sustentável no Poder Judiciário a partir da Agenda 2030 da ONU. Foi responsável pelo estudo o Comitê Interinstitucional instituído pela Portaria nº 133/2018-CNJ. A Agenda 2030 contém 17 objetivos de desenvolvimento sustentável, entre eles “Paz, Justiça e Instituições Eficazes” (Objetivo 16). Entre as metas do Objetivo 16 está: “Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça, para todos”, de modo que interessa sua incorporação no Judiciário em matéria de controle. Cf., nesse sentido, BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório preliminar do Comitê Interinstitucional destinado a proceder estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), Agenda 2030, 2019. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/05/2337a99814bdccdaa8045a4a4b7f48cae.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2019.



faz qualquer exceção ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, e desde que interpretado à luz dos tratados de direitos humanos de que o Brasil faz parte, a norma constitucional também impõe a ampla sindicabilidade de toda manifestação estatal. Não poderia ser diferente, pois, acima de tudo, a contenção do arbítrio e de ilegalidades estatais é um dos objetivos precípuos das normas internacionais de direitos humanos.

O controle amplo da decisão administrativa pelo Poder Judiciário precisa, todavia, de limites, sob pena de excessos e interferências indevidas de aparato estatal julgador. A realidade brasileira indica a urgência de mecanismos propulsores desses limites, ou enfrentará níveis cada vez mais crescentes de insegurança jurídica e paralisia indesejável da Administração Pública pelo medo da atuação judicial *descontrolada*. Assim, na linha de uma interpretação convencional do ordenamento jurídico, são caminhos viáveis para contenção do controle judicial desmesurado: (i) a previsão de mecanismos legais de imputação de ônus argumentativos crescentes aos julgadores, constringendo-os a decidir mediante motivação exaustiva e de acordo com critérios objetivos; (ii) a regulação da discricionariedade administrativa, de forma diminuir tanto quanto possível o espaço de decisão subjetiva do administrador e oportunizar critérios normativos objetivos no momento de eventual atuação jurisdicional; (iii) a distribuição adequada do ônus da prova no processo judicial; (iv) a deferência à decisão administrativa pelo Poder Judiciário quando pelos critérios de distribuição de ônus da prova não for identificada violação à juridicidade.

## REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BERNARDES, Marcia Nina. Sistema interamericano de direitos humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. *Revista Internacional de Direitos Humanos – SUR*, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 135-155, dez. 2011.

BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Fabris, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório preliminar do Comitê Interinstitucional destinado a proceder estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável

(ODS), Agenda 2030, 2019. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/05/2337a99814bdcdaa8045a4a4b7f48cae.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8.279-4-Argentina, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, Julgado em 17.06.1998, Publicado em 10.08.2000.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, Mandado de Segurança nº 21.985/DF, 1ª Seção, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Julgado em 10.05.2017, Publicado em 19.05.2017.

CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: *El constitucionalismo contemporáneo: homenaje a Jorge Carpizo*. México: Unam, 2013. p. 67-98.

CEIA, Eleonora Mesquita. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. *Revista Emerj*, Rio de Janeiro, vs. 16, n. 61, p. 113-152, jan./mar. 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo vs. Panamá, 02.02.2001.

\_\_\_\_\_. Caso Barbari Duarte e outros vs. Uruguai, Publicado em 13.10.2011.

\_\_\_\_\_. Caso Meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana, 08.09.2005.

CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 274, p. 175-208, jan./abr. 2017.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FLAX, Gregorio. La submisión del Derecho Administrativo a los tratados internacionales de derechos humanos. *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, Ciudad de México, a. 8, n. 16, p. 353-382, jul./dez.2014.

GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017.

GANHO, Luciano Giambarresi; BRANDT, Rafael Weiss. Organização política regional na América-Latina: necessidade específica ou escolha caprichosa. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 113-135, jul./dez. 2014.

GOMES, Eduardo Bicchí; ZANCHI, Deborah Maria. O controle de convencionalidade como instrumento de proteção aos direitos sociais: desdobramentos da Convenção nº 158 da OIT. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 45, n. 144, p. 207-253, jun. 2018.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014. 604 p.

LEAL, Rogério Gesta. *Controle da Administração Pública no Brasil: anotações críticas*. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 5, n. 20, p. 125-143, abr./jun. 2005.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de direito administrativo disciplinar*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008.

MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía. *A recepção dos tratados de direitos humanos pelos tribunais nacionais: sentenças paradigmáticas de Colômbia, Argentina e Brasil*. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 48, p. 76-112, jan./jul. 2016.

MAZZUOLI, Valerio; GOMES, Luiz Flávio. *Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional?* *Revista de Direito*, v. 12, n. 15, p. 7-20, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MONTEIRO, Fernando Luiz. *Controle judicial de constitucionalidade x legitimidade do Poder Judiciário – Desatando nós*. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 41, n. 136, p. 197-231, dez. 2014.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Controle judicial das sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos*. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFRN, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007.

PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 167-204, jan./abr. 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009.

SADDY, André. Visitando a definição de discricionariedade administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, a. 16, n. 64, p. 149-175, abr./jun. 2016.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El concepto de convencionalidad: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras. Tese Pós-Doutoral. Universidad Carlos III de Madrid; Universidad Externado de Colombia. Madrid, 2016. 638 f.

VIEIRA, Gustavo Oliveira; MORAIS, José Luis Bolzan de. A internacionalização do Direito a partir dos direitos humanos – Reflexões iniciais para o futuro do constitucionalismo. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 175-184, jul./dez. 2012.

Submissão em: 22.10.2018

Avaliado em: 03.06.2019 (Avaliador B)

Avaliado em: 04.06.2019 (Avaliador C)

Aceito em: 13.08.2019



# A TUTELA DE SITUAÇÕES JURÍDICAS COLETIVAS NO DIREITO BRASILEIRO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS AÇÕES COLETIVAS E O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS INSTITUÍDO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL<sup>1</sup>

*THE PROTECTION OF COLLECTIVE LEGAL SITUATIONS IN BRAZILIAN LAW: A COMPARISON BETWEEN CLASS ACTIONS AND THE INCIDENT OF RESOLUTION OF REPETITIVE DEMANDS ESTABLISHED BY THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE*

**Handel Martins Dias<sup>2</sup>**

Doutor em Direito Processual (USP, São Paulo/SP, Brasil)

**Alexandre Lipp João<sup>3</sup>**

Professor de Direito do Consumidor (FMP, Porto Alegre/RS, Brasil)

**ÁREA(S):** direito processual civil.

**RESUMO:** Por meio de pesquisa da legislação nacional, da literatura

jurídica e da jurisprudência, assim como da metodologia participante para a interpretação do fenômeno jurídico e normativo, este trabalho examina a

<sup>1</sup> Este artigo é resultado de investigação realizada no âmbito do projeto de pesquisa intitulado *Garantias processuais civis dos bens transindividuais*, integrante do grupo de pesquisa científica *Tutelas à efetivação dos direitos transindividuais* do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP (Porto Alegre/Brasil).

<sup>2</sup> Advogado. Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor de Direito Processual nos cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Pesquisador e Coordenador da Pesquisa da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação Mundial de Justiça Constitucional (AMJC). *E-mail:* handel@lawyer.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5006783339902786>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4078-6215>.

<sup>3</sup> Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especialista em Contratos e Responsabilidade Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). *E-mail:* alippjoao@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5139080568288634>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8396-5953>.

tutela de situações jurídicas coletivas no direito processual brasileiro. O objetivo precípua do estudo consistiu em cotejar as ações coletivas e o incidente de resolução de demandas repetitivas, instituído pelo novo Código de Processo Civil. Constatou-se que, embora guardam alguns aspectos processuais comuns, o que mais releva são suas diferenças, especialmente pela gravidade de suas repercussões. Concluiu-se que devem prevalecer as ações coletivas como instrumento processual para a tutela jurisdicional de direitos metaindividuais.

**ABSTRACT:** *All through the research of national legislation, law literature and jurisprudence, as well as the participatory methodology for the interpretation of the legal and normative phenomenon, this paper examines the protection of collective juridical situations in the Brazilian procedural law. The main objective of this study was about to compare the class actions and the incident of resolution of repetitive demands, established by the new Civil Procedure Code. It was found that, although they have some common procedural aspects, what matters are their differences, especially because they have seriousness in their repercussions. Was concluded that class actions should prevail as a procedural instrument for the judicial protection of law collective rights.*

**PALAVRAS-CHAVE:** processo coletivo; IRDR; direitos transindividuais; segurança jurídica; casos repetitivos.

**KEYWORDS:** *collective process; IRDR; group rights; judicial security; repetitive cases.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Incidente de resolução de demandas repetitivas; 2 Cotejo entre incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Incident of resolution of repetitive demands; 2 Comparison between incident of resolution of repetitive demands and class actions; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

O colonialismo português deixou marcas profundas no Brasil, muito além da língua, da religião, da arquitetura, do folclore e da culinária. O País permanece tão português nas suas principais características que frequentemente é chamado de América Portuguesa, como referia Gilberto Freyre<sup>4</sup>. Dessa ascendência não se exclui o direito, inclusive o direito processual civil. Enclausurado na tradição, as mais importantes obras

<sup>4</sup> Veja-se FREYRE, Gilberto. *Interpretação do Brasil: aspectos da formação social brasileira como processo de amalgamento de raças e culturas*. Lisboa: Livros do Brasil, 1951. p. 35.

legislativas processuais civis que se sucederam no Brasil após a Independência foram significativamente influenciadas pelo direito processual lusitano que vigorou durante a colonização, entre os séculos XVI e XIX. Em uma análise dessas obras legislativas, inclusive do novo Código de Processo Civil, editado em 2015, é possível depreender, em suas entranhas, disposições do direito comum da Idade Média, formado fundamentalmente pelo direito romano e pelo canônico: fontes materiais e subsidiárias das Ordenações do Reino. Como corolário desse notável condicionamento histórico, o processo civil brasileiro resistiu por muito tempo às transformações do pensamento jurídico ocorridas na Europa a partir do final do século XIX, mantendo-se arraigado àquele direito processual português medieval<sup>5</sup>.

Mesmo depois da proclamação da República, o processo civil brasileiro permaneceu desatualizado do ponto de metodológico. Seguiu vinculado à velha escola portuguesa meramente procedimentalista, compreendendo o processo por meio da dinâmica dos atos do procedimento, sem depreender a existência de uma relação jurídica processual distinta da relação jurídica de direito material objeto da causa julgada pelo juiz. A atualização da Ciência Processual pátria encetou apenas com a vinda de Enrico Tullio Liebman em 1939 por força dos movimentos europeus antissemitas<sup>6</sup>. Apesar dessa renovação científica, o Código de Processo Civil de 1973, promovedor de inúmeros avanços, sobretudo na técnica e na estruturação dos institutos processuais, vergou-se à tradição. De cunho individualista, e com a mesma linha de processo e procedimento, o Código de 1973 reproduziu, na essência, o pensamento jurídico do passado<sup>7</sup>. Ademais, ignorou a revolução cultural em prol do acesso à justiça, mormente no que diz respeito à necessidade de tutela de interesses transindividuais. Desde meado da década de sessenta já se reconhecia na Europa a inaptidão do processo

<sup>5</sup> Veja-se DIAS, Handel Martins. *Condicionamento histórico do processo civil brasileiro: o legado do direito lusitano*. 2014. 387p. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

<sup>6</sup> Veja-se DINAMARCO, Cândido Rangel. Liebman e a cultura processual brasileira. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 487-512.

<sup>7</sup> Vejam-se DIAS, Handel Martins. *Condicionamento histórico do processo civil brasileiro: o legado do direito lusitano*. 2014. 387p. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. esp. p. 244 e ss.; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 24-25; e SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 89-129.



civil tradicional para instrumentalizar interesses difusos e coletivos, próprios de uma sociedade de massa como a que se firmou na contemporaneidade<sup>8</sup>.

A ignorância do movimento global de acesso à justiça fez com que o Código de Processo Civil de 1973 nascesse defasado em relação ao terceiro momento metodológico do direito processual, caracterizado pela consciência da instrumentalidade como importante polo de irradiação de ideias e de coordenação de institutos, princípios e linhas de direcionamento no estudo e aplicação prática do processo<sup>9</sup>. Essa nova ideologia passou a dominar a processualística brasileira a partir da década de oitenta, máxime após a promulgação da Constituição Federal de 1988, até hoje vigente no País. Entre várias outras voltadas à tutela do processo e ao fortalecimento da jurisdição constitucional das garantias e liberdades, a nova matriz do ordenamento jurídico consagrou formalmente o acesso à justiça como garantia fundamental, conferindo destaques específicos à proteção de interesses difusos e coletivos. Esse fenômeno da constitucionalização do direito processual civil brasileiro repercutiu em duas vertentes principais, notadamente no direito processual constitucional, predisposto ao controle judicial dos atos estatais, e na tutela constitucional do processo, consubstanciada em uma pletera de princípios e garantias que, alçadas à categoria de direitos fundamentais, passaram a orientar a formulação, a interpretação e a aplicação

---

<sup>8</sup> Mauro Cappelletti e Bryant Garth classificaram em três sucessivas ondas advindas a partir de 1965 nesse movimento do acesso à justiça. A primeira onda, relacionada aos custos do acesso à justiça, diz respeito à assistência jurídica aos pobres. A segunda onda refere-se à representação dos interesses coletivos, em especial nas áreas da proteção do meio ambiente e consumidor. E a terceira onda focava a superação dos entraves do acesso à justiça pela simplificação dos procedimentos e criação de vias alternativas de resolução dos conflitos. Veja-se CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective: a general report*. In: CAPPELLETTI, Mauro (Ed.). *Access to justice*. Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff; Milan: Giuffrè, v. I, 1978. Esse relatório geral, integrante do chamado Projeto Florença, foi traduzido por Ellen Gracie Northfleet e publicado, em 1988, pelo editor Sergio Antonio Fabris, em Porto Alegre. O mesmo editor publicou um interessante estudo sobre as repercussões das obras de Mauro Cappelletti sobre o acesso à justiça no Direito brasileiro: GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

<sup>9</sup> Sobre a instrumentalidade e as demais fases metodológicas do direito processual, é imprescindível a leitura da clássica obra de Cândido Rangel Dinamarco, uma das mais importantes da literatura processual brasileira: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

de todas as normas processuais infraconstitucionais, seja para a tutela de bens individuais, seja para a tutela de bens transindividuais<sup>10</sup>.

Na ordem jurídica em vigor, os instrumentos processuais próprios para a tutela jurisdicional de situações jurídicas coletivas podem ser classificados basicamente em duas espécies: ações coletivas e julgamentos de casos repetitivos, a saber, os recursos extraordinários e especiais repetitivos<sup>11</sup> e o novo incidente de resolução de demandas repetitivas, procedimento instituído pelo Código de Processo Civil de 2015<sup>12</sup> a partir do *musterverfahren*, técnica processual alemã para o julgamento de causas repetitivas. Como afirmam Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior, tanto as ações coletivas como os julgamentos de casos repetitivos podem ser considerados processos coletivos na medida em que têm por objeto a solução de situações jurídicas coletivas titularizadas por grupo/coletividade/comunidade<sup>13</sup>. O objetivo deste ensaio é precisamente realizar uma breve comparação analítica entre o regime jurídico do incidente de resolução de demandas repetitivas e o das ações coletivas, sublinhando as suas

---

<sup>10</sup> No Direito brasileiro, a catalogação mais aceita acerca dos interesses e direitos coletivos, assim entendidos em sentido amplo, está no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990), que os classifica em interesses ou direitos difusos; interesses ou direitos coletivos *stricto sensu*; e interesses ou direitos individuais homogêneos, que, portanto, adquirem *status* de transindividuais no sistema jurídico brasileiro. Em conformidade com os incisos do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, os interesses ou direitos difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; os interesses ou direitos coletivos *stricto sensu*, os transindividuais, de natureza indivisível, de que é titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e os interesses ou direitos individuais homogêneos, os decorrentes de origem comum.

<sup>11</sup> Sobre técnica processual dos recursos extraordinários e especiais repetitivos, veja-se DIAS, Handel Martins. La transformación de los recursos de género extraordinario en el derecho procesal brasileño. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, v. 44, p. 223-249, jul./dec. 2016.

<sup>12</sup> Instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, o novo Código de Processo Civil do Brasil entrou em vigor no dia 18 de março de 2016, depois de um ano de *vacatio legis*. Contendo as disposições finais e transitórias, o Livro Complementar do novo Código de Processo Civil assegura que permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis que não tenham sido revogadas, como as que disciplinam as ações coletivas. A essas leis extravagantes passa a ser aplicado, de forma supletiva, o novo Código de Processo Civil de 2015 (art. 1.046, §§ 2º e 4º).

<sup>13</sup> Veja-se DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – Espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 41, n. 256, p. 209-218, jun. 2016, p. 213.

diferenças<sup>14</sup>. Antes, a título propedêutico, analisam-se os arts. 976 e 987 do novo Código de Processo Civil, que traçam as linhas gerais do incidente de resolução de demandas repetitivas.

## 1 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Tal como o procedimento para o julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos, o incidente de resolução de demandas repetitivas constitui incidente processual instaurado no âmbito dos tribunais criado com o propósito de combater a incessante crescente demanda pelos serviços judiciários em causas massificadas por meio da expansão dos efeitos da decisão proferida<sup>15</sup>. Mas, enquanto o primeiro dá-se no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o novo incidente é cabível nos tribunais inferiores, podendo alcançar, dessarte, questões de direito local. Por diversas razões, inclusive de natureza cultural entre os operadores do Direito, as ações coletivas não conseguiram contornar o problema do grande fluxo de processos repetitivos que deságuam diariamente nos fóruns e tribunais brasileiros. Em síntese, segundo a letra da lei, o incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando existe efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, bem como risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (CPC, art. 976, *caput*). Preenchidos cumulativamente os dois requisitos, não é cabível a instauração do incidente quando já tiver sido afetado, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, na esfera de sua respectiva competência, recurso extraordinário ou recurso especial para a definição de tese jurídica sobre a mesma questão de direito material ou de direito processual (CPC, art. 976, § 4º).

<sup>14</sup> Os diversos interesses e direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos podem ser protegidos por uma variedade de instrumentos processuais previstos no sistema jurídico. Tendo em vista que os meios tradicionais revelam-se comumente inaptos para a tutela jurisdicional coletiva, o ordenamento jurídico prevê procedimentos especiais específicos para este fim – a ação civil pública, a ação popular e a ação civil coletiva –, bem como procedimentos especiais capazes de tutelar direitos individuais e transindividuais, como o mandado de segurança. Mercê da ausência de codificação própria e de previsão no Código de Processo Civil, as ações coletivas são disciplinadas por um microsistema normativo formado por um conjunto de leis esparsas, das quais se destacam a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 1985) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990).

<sup>15</sup> Veja-se, a propósito, a exposição de motivos do anteprojeto em Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 11-33.

A instauração do incidente pode ser proposta, por meio de ofício, pelo juiz de primeiro grau que estiver jurisdicionando em causa que contenha questão de direito reprisada em inúmeros outros processos ou pelo relator, no tribunal, no segundo grau de jurisdição, no exercício de sua jurisdição em virtude da interposição de recurso, de reexame necessário ou de feito de competência originária da Corte (CPC, art. 977, I). O pedido de instauração do incidente também pode ser formulado, mediante petição, pelas partes, pela Defensoria Pública ou pelo Ministério Público (CPC, art. 977, II e III), o qual, quando não for parte, deve necessariamente atuar como fiscal da ordem jurídica e assumir a titularidade do incidente em caso de desistência ou de abandono da causa (CPC, art. 976, § 2º). Portanto, tal como nas ações coletivas, a desistência ou o abandono do processo pela parte autora não prejudica o incidente de resolução de demandas repetitivas, pois o *Parquet* assume a titularidade do incidente a fim de propiciar o exame de seu mérito. Em qualquer caso, o ofício ou a petição deve ser dirigido ao presidente do tribunal competente, devidamente instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos requisitos autorizadores (CPC, art. 977 parágrafo único). Não são exigidas custas processuais e, caso o incidente seja rejeitado por ausência de algum de seus pressupostos de admissibilidade, nada impede que seja novamente suscitado se restar satisfeito o requisito antes faltante (CPC, art. 976, §§ 3º e 5º).

A competência para o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas pertence aos tribunais ordinários, notadamente para os respectivos órgãos colegiados indicados pelos regimentos internos dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência (CPC, art. 978, *caput*). Após a distribuição, cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade, analisando a presença dos requisitos legais (CPC, art. 981). Aceito o incidente, o relator ordena a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que estiverem tramitando no Estado ou na região, conforme o caso (CPC, art. 982, I)<sup>16</sup>. A suspensão deve ser comunicada aos órgãos jurisdicionais

<sup>16</sup> No Brasil, a Justiça Comum (Justiça não especializada) é formada pelas Justiças dos Estados, Justiça Federal e Justiça do Distrito Federal e Territórios. Em cada Estado, o órgão de segundo grau de jurisdição é constituído por um Tribunal de Justiça, com jurisdição limitada ao seu respectivo território estadual. Também na Justiça do Distrito Federal e Territórios, com jurisdição exclusivo ao Distrito Federal e Territórios, o órgão de segunda instância é o Tribunal de Justiça, a exemplo das Justiças dos Estados. Já a Justiça Federal é dividida em regiões, as quais são formadas por um conjunto de Estados. O órgão judicial de segunda instância em cada região na Justiça Federal é o Tribunal Regional Federal. Assim, nas Justiças Estaduais, enquanto os Tribunais de Justiça exercem jurisdição nos limites

competentes, tocando aos juízos em que tramitam os processos suspensos a responsabilidade de apreciar eventuais pedidos de tutela de urgência durante o sobrestamento (CPC, art. 982, §§ 1º e 2º)<sup>17</sup>. O Ministério Público, a Defensoria Pública, as partes do processo e de qualquer outro processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente, mesmo que o feito tramite fora dos limites territoriais da Corte em se instaurou o incidente, podem requerer, no Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, de acordo com a natureza da questão de direito, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em tramitação no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente (CPC, art. 982, §§ 3º e 4º).

O relator do incidente pode requisitar informações a órgãos em cujos juízos tramitam processos nos quais se discutem o objeto do incidente, a serem prestadas no prazo de 15 (quinze) dias (CPC, art. 982, II). O relator deve ordenar a intimação do Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias (CPC, art. 982, III), bem como ouvir as partes e outros interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia na qualidade de *amicus curiae*, que podem, no quinquênio legal, juntar documentos, bem como requerer diligências para a elucidação da questão de direito controvertida (CPC, art. 983, *caput*). Objetivando instruir o incidente, o relator ainda pode designar audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria (CPC, art. 983, § 1º). Concluídas as diligências, incumbe ao relator solicitar dia para o julgamento do incidente (CPC, art. 983, § 2º). O incidente deve ser julgado no prazo de 1 (um) ano, tendo preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus* (CPC, art. 980, *caput*). Não sendo o incidente julgado no prazo retrorreferido, cessa a suspensão dos demais processos sobre a mesma questão de direito, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário (CPC, art. 980, parágrafo único).

---

territoriais de seus respectivos Estados, os Tribunais Regionais Federais exercem jurisdição, na Justiça Federal, nos limites de suas respectivas regiões, formadas por vários Estados da Federação.

<sup>17</sup> A instauração e o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas devem ser sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça - CNJ. E aos tribunais impende manter banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas a incidentes, comunicando-o imediatamente ao CNJ para inclusão no cadastro. E para possibilitar a identificação dos processos abrangidos por decisões de incidentes, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro deve conter obrigatoriamente os fundamentos determinantes das decisões e os dispositivos normativos a elas relacionados (CPC, art. 979).

No julgamento, após a exposição do objeto do incidente pelo relator, podem fazer sustentação oral, sucessivamente, pelo prazo de 30 (trinta) minutos, as partes do processo originário, o Ministério Público e os demais interessados (CPC, art. 984, I e II)<sup>18</sup>. Ato contínuo, o colegiado delibera sobre a questão de direito controvertida, abrangendo todos os fundamentos suscitados, favoráveis ou contrários, fixa a tese jurídica acerca da questão e julga o caso concreto do processo que deu origem ao incidente (CPC, art. 978, parágrafo único, e art. 984, § 2º). A tese jurídica eleita deve ser aplicada a todos os demais processos individuais ou coletivos que versem sobre a mesma questão de direito que tramitem ou venham a tramitar na área de jurisdição daquele tribunal, inclusive nos juizados especiais do respectivo Estado ou região (CPC, art. 985, I e II). Se o incidente tem por objeto questão relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento deve ser comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada (CPC, art. 985, § 2º). A decisão do incidente tem eficácia vinculante expansiva, sendo cabível reclamação da parte interessada ou do Ministério Público se não for observada a tese jurídica firmada (CPC, art. 988, IV), salvo sua revisão pelo próprio tribunal que a fixou, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública (CPC, arts. 985, II, e 986).

Do julgamento do mérito do incidente cabe, conforme o caso, recurso extraordinário ou recurso especial (CPC, art. 987, *caput*). Nessa hipótese, o recurso excepcional é provido de efeito suspensivo, sendo presumida, quando interposto recurso extraordinário, a repercussão geral da questão discutida (CPC, art. 987, § 1º). Se decorrer *in albis* o prazo para a interposição de recursos extraordinário e especial contra a decisão que julga o incidente de resolução de demandas repetitivas, ou se não for julgado o mérito do recurso extraordinário ou especial eventualmente interposto, cessa a suspensão geral e a tese jurídica fixada é aplicada, de forma vinculante, tão somente na área de jurisdição do tribunal de origem (CPC, art. 982, § 5º). Porém, se for interposto e apreciado o mérito do recurso excepcional, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça deve ser aplicada no território nacional

<sup>18</sup> O tempo de 30 (trinta) minutos para a apresentação de razões deve ser dividido entre os demais interessados, os quais devem se inscrever com ao menos 2 (dois) dias de antecedência. Porém, considerando o número de inscritos, o prazo para a sustentação oral pode ser ampliado (CPC, art. 984, II, b, § 1º).

a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito (CPC, art. 987, § 2º). Nessa conjectura de julgamento por amostragem com eficácia vinculante extensiva, é de essencial importância a definição dos processos pelos quais se instauram os incidentes de resolução de demandas repetitivas, com fixação de teses jurídicas que se replicam em todos os demais processos que versem sobre a mesma questão de direito. O Código não estabeleceu nenhum requisito para que a causa dê origem à instauração do incidente. Em uma interpretação restritiva, é possível dar origem a incidente a partir de qualquer processo, esteja ou não bem delineada a divergência, e a despeito da representatividade e legitimidade das partes<sup>19</sup>.

## 2 COTEJO ENTRE INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E AÇÕES COLETIVAS

As ações coletivas constituem instrumento processual já consagrado no Direito brasileiro, fruto da harmonização das normas previstas principalmente na Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e do Título III da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor)<sup>20</sup>. O objeto litigioso da ação coletiva é a própria situação jurídica coletiva, relativa a direito ou interesse difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo<sup>21</sup>. Instaurado a partir de processo que, a rigor, possui questão de fundo distinta, que tanto pode ser de cunho individual como coletivo, o incidente de resolução de demandas repetitivas tem por objeto

<sup>19</sup> Sublinha Antonio do Passo Cabral que, ao escolher para afetação um processo inadequado na instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, a decisão do incidente pode não vir a ser a melhor solução da controvérsia de massa, com evidente impacto sistêmico deletério pela multiplicação da conclusão a todos os outros processos que tratam de idêntica matéria. Quando existem litigantes habituais, que podem estrategicamente optar por um de muitos processos para provocar o incidente, é possível direcionar a cognição em favor do interesse que se deseja prevalecer. Veja-se CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, n. 231, p. 201-223, maio 2014.

<sup>20</sup> A Lei da Ação Civil Pública visa à proteção do meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, ordem econômica, ordem urbanística, patrimônio público e social, a honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, entre outros direitos e interesses difusos e coletivos. O Capítulo II do Título III do Código de Defesa do Consumidor instituiu, por sua vez, a chamada ação civil coletiva para reparação das pessoas lesadas (direitos ou interesses individuais homogêneos). Nessas ações coletivas são admitidos todos os pedidos necessários à efetiva prevenção ou reparação (CDC, art. 83).

<sup>21</sup> As duas primeiras categorias, no dizer de José Carlos Barbosa Moreira, identificam litígios essencialmente coletivos, enquanto que a terceira, litígios acidentalmente coletivos. Veja-se MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, n. 61, p. 187-200, jan. 1991.

a composição de controvérsia em torno de uma questão de direito, processual ou material, que se repete em diversos outros processos pendentes, os quais podem ter objetos litigiosos semelhantes (*processos homogêneos*) ou diferentes, porém com questões jurídicas comuns (*processos heterogêneos*)<sup>22</sup>. Logo, no incidente de resolução de demandas repetitivas, a situação jurídica coletiva reside em uma questão prévia, resolvida de forma incidental e destacada do julgamento do mérito da ação originária, o qual pode referir-se, inclusive, a um direito individual. Justamente em face da distinção das naturezas jurídicas, a vedação imposta a ações coletivas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/1985 pode ser transposta por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas. Isso porque, a partir da instauração do incidente em um processo individual, é possível a fixação de tese jurídica, com efeito vinculante, em torno de questões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Na ação coletiva, a resolução da situação jurídica coletiva perpassa pelo exercício da atividade subsuntiva, uma vez que pressupõe o julgamento do caso concreto. Abarca, portanto, forçosamente, tanto questão de fato como questão de direito<sup>23</sup>. O incidente de resolução de demandas repetitivas não tem a mesma amplitude e dimensão, pois o seu objeto restringe-se à questão de direito controvertida, a fim de se definir a tese jurídica a ser aplicada em outras ações que tratem da mesma questão jurídica. O art. 976 do novo Código de Processo Civil estatui, de forma expressa, que é cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de

<sup>22</sup> Veja-se, a propósito, DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos - Espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 41, n. 256, p. 209-218, jun. 2016, p. 213.

<sup>23</sup> A tal respeito, anota Alexandre Lipp João uma variedade de temas oriundos do direito do consumidor que podem ser objeto de ações coletivas, como as práticas comerciais abusivas, entre elas a publicidade, oferta e cobranças, colocação no mercado de consumo de produtos impróprios ou defeituosos e os consequentes prejuízos e danos decorrentes. Destaca, ainda, que, na grande maioria das vezes, as ações coletivas de consumo versam sobre questões de fato, não apenas questões de direito. Assim também ocorre em relação a ações civis públicas ambientais, urbanísticas, da criança e adolescente, do idoso, da ordem econômica, onde são enfrentadas questões de fato, além de questões de direito. Veja-se JOÃO, Alexandre Lipp. Incidente de resolução de demandas repetitivas. In: SILVA, Cláudio Barros; BRASIL, Luciano de Faria (Org.). *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2016. p. 431-450.



direito. Assim, não há possibilidade, em tese, de contemplar-se questão de fato no julgamento do incidente. Nesse aspecto, o legislador brasileiro distanciou-se do modelo alemão, que permite a instauração do procedimento para questões de fato e questões de direito. Por outro lado, é possível instaurar-se o incidente tão somente em face de uma questão de direito processual se houver celeuma a seu respeito em repetidos processos de modo a gerar risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Quanto aos efeitos da decisão, também se percebem diferenças significativas entre o incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas. A eficácia da sentença na ação civil pública atrela-se à natureza dos direitos e interesses tutelados e à dimensão do dano, podendo ser local, regional ou nacional. A eficácia da sentença é *erga omnes* ou *ultra partes*, não havendo, *a priori*, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, limitação territorial para a sua expansão, a despeito do estatuído no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública. Já o incidente de resolução de demandas repetitivas tem os seus efeitos limitados, em princípio, à jurisdição do Tribunal de Justiça ou, conforme o caso, do Tribunal Regional Federal que julgou o incidente. A expansão da eficácia da decisão a todo o território nacional depende da iniciativa dos legitimados para recorrer e da superação do exame de admissibilidade recursal. Como foi antes sublinhado, sendo interposto recurso extraordinário ou recurso especial contra o acórdão que julga o mérito do incidente e ultrapassado o juízo de admissibilidade, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça no exame do mérito recursal, seja para acolher, seja para rejeitar o recurso, passa ser aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito objeto do incidente (CPC, art. 987, § 2º).

Outra distinção importante reside no regime da coisa julgada. Para resguardar a tutela dos bens transindividuais, a coisa julgada na ação civil pública é *secundum eventum litis*, dependendo do resultado do processo. Acolhido o pedido, todos se beneficiam da decisão<sup>24</sup>. Contudo, sendo o ato sentencial de

---

<sup>24</sup> Destaca Alexandre Lipp João que, desta forma, se um produto for considerado defeituoso, reconhecendo-se o dever do fornecedor indenizar todos os lesados (sentença condenatória genérica), e a decisão transitar em julgado após exame do recurso ao Tribunal de Justiça, a eficácia será irrestrita, ou seja, o reconhecimento do defeito não poderá ser contestado em qualquer outra ação, assim como o dever de indenizar os lesados. Além disso, os consumidores localizados em qualquer comarca no Brasil podem, com base na cópia ou certidão da sentença, aproveitar para liquidar e executar. Veja-se JOÃO, Alexandre Lipp. Incidente de resolução de demandas repetitivas. In: SILVA, Cláudio Barros;

rejeição da demanda por insuficiência de provas ou de extinção do processo sem resolução do mérito, não há coisa julgada material, senão coisa julgada formal<sup>25</sup>. E, no caso de a decisão declarar improcedente o pedido formulado por qualquer outro motivo que não seja a insuficiência probatória, a sentença faz coisa julgada material, porém restritos os seus efeitos subjetivos aos legitimados ativos da ação coletiva. As vítimas ou as suas sucessoras não restam prejudicadas em suas ações individuais (Lei nº 7.347, art. 16; Lei nº 8.078, arts. 103 e 104). Já no incidente de resolução de demandas repetitivas, não importa o resultado de seu julgamento. Seja qual for a resolução, são atingidos pela decisão do incidente todos que sejam partes, ou venham ser partes, em processo que versem sobre idêntica questão de direito, no âmbito da extensão territorial de sua eficácia. Embora não sejam alcançados pelos efeitos subjetivos da coisa julgada, por não terem sido partes na causa-piloto, são alcançados pelos efeitos expansivos e vinculantes da decisão do incidente. Não havendo revisão, a tese fixada deve ser obrigatoriamente aplicada nos demais feitos, cabendo reclamação se não for observada (CPC, arts. 985 e 988, IV).

Ainda que exista a hipótese de competência concorrente, não há o risco de existirem ações coletivas idênticas, pois a propositura da demanda, conforme o parágrafo único do art. 2º da Lei da Ação Civil Pública, previne a jurisdição para outras idênticas<sup>26</sup>. Não sendo possível a repetição de ações coletivas, é defesa a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas em relação a ações coletivas, ao menos em relação ao seu objeto principal. Porém, é possível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas no tocante a questões de direito, material ou processual, que sejam comuns entre ações coletivas e/ou ações individuais. Nessa hipótese, não só seria possível como

---

BRASIL, Luciano de Faria (Org.). *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogado, 2016. p. 431-450.

<sup>25</sup> Assim, havendo somente coisa julgada formal, qualquer dos legitimados, inclusive o próprio autor da ação coletiva anterior, pode intentar outra demanda com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova ou corrigindo o vício que levou à prolação de sentença terminativa. Naturalmente, em tais hipóteses, nada obsta as vítimas e os seus sucessores de propor, individual ou coletivamente, ações de indenização por danos pessoalmente sofridos. Sobre a coisa julgada nas ações coletivas, veja-se MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012; e ZAWASCKI, Teoria Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 64-67.

<sup>26</sup> O juízo competente é estabelecido a partir das regras previstas no art. 2º, *caput*, combinado com o art. 93, I e II, do Código de Defesa do Consumidor. Se o dano é regional ou nacional, a competência é concorrente entre o juízo da Capital do Estado ou do Distrito Federal, observando-se a prevenção.

recomendada a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas a partir da ação coletiva. É defeso haver desigualdade material entre as partes no incidente, especialmente na perspectiva da representação processual. Quanto maior a pluralidade e a representatividade das partes e de eventuais terceiros intervenientes, mais qualificado é o processo como causa-piloto. Nesse sentido, mostram-se mais habilitadas para a afetação, na esfera subjetiva, as demandas coletivas em comparação às ações individuais, uma vez que são movidas por entes públicos e privados com legitimação extraordinária concedida por lei para a defesa de direitos e interesses metaindividuais. Como esses entes já têm a prerrogativa processual de conduzir processos em que, ao final, a decisão pode ter impacto massivo, a sua presença no incidente atribui ao contraditório maior legitimidade política e social<sup>27</sup>.

## CONCLUSÃO

O incidente de resolução de demandas repetitivas constitui instrumento processual próprio para a tutela de situações jurídicas coletivas, a exemplo das ações coletivas. Ambos guardam alguns aspectos processuais comuns<sup>28</sup>. Porém, o que mais releva são as suas diferenças, especialmente pela gravidade de suas repercussões. Na perspectiva da tutela jurisdicional coletiva, há situações jurídicas coletivas que podem ser enfrentadas pelas duas técnicas processuais, ou seja, por meio de ação coletiva própria ou de incidente processual, o que repercute na perigosa seara da estratégia processual. Nessa hipótese, tem razão Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior ao defenderem, com os seus argumentos, a primazia das ações coletivas<sup>29</sup>. Assim, a pendência de ação coletiva deve constituir fato impeditivo, no Estado ou na região em que estiver tramitando, para a instauração do incidente sobre questão de direito coletiva *lato sensu* em que é o objeto daquela, pois é na ação coletiva que a questão deve ser

---

<sup>27</sup> Veja-se CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, n. 231, p. 201-223, maio 2014.

<sup>28</sup> V.g., a legitimação extraordinária do Ministério Público e da Defensoria Pública, a previsão de continuidade do procedimento pelo Ministério Público em caso de abandono ou desistência pelo autor, a intervenção obrigatória do *Parquet* como fiscal da ordem jurídica, a possibilidade de se proferir decisão com eficácia expansiva etc.

<sup>29</sup> Veja-se, a propósito, DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos - Espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 41, n. 256, p. 209-218, jun. 2016, p. 213.

resolvida. E em relação a controvérsias sobre questões de direito não coletivas, de direito material ou processual, que se multiplicam em ações individuais e/ou coletivas, uma ação coletiva deve ser preferencialmente escolhida como causa-piloto. A prevalência justifica-se pela legitimidade dos autores das ações coletivas para representar a coletividade, bem como pelo regime jurídico mais benefício da eficácia decisional e da coisa julgada.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, n. 231, p. 201-223, maio 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective: a general report. In: CAPPELLETTI, Mauro (Ed.). *Access to justice*. Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff; Milan: Giuffrè, v. I, 1978.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

\_\_\_\_\_. Liebman e a cultura processual brasileira. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

\_\_\_\_\_. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DIAS, Handel Martins. Condicionamento histórico do processo civil brasileiro: o legado do direito lusitano. 2014. 387p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

\_\_\_\_\_. La transformación de los recursos de género extraordinario en el derecho procesal brasileño. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, v. 44, p. 223-249, jul./dec. 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – Espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 41, n. 256, p. 209-218, jun. 2016.

FREYRE, Gilberto. *Interpretação do Brasil: aspectos da formação social brasileira como processo de amalgamento de raças e culturas*. Lisboa: Livros do Brasil, 1951.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

JOÃO, Alexandre Lipp. Incidente de resolução de demandas repetitivas. In: SILVA, Cláudio Barros; BRASIL, Luciano de Faria (Org.). *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, p. 431-450, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, n. 61, p. 187-200, jan. 1991.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZAWASCKI, Teoria Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Submissão em: 15.06.2018

Avaliado em: 09.10.2018 (Avaliador A)

Avaliado em: 21.11.2018 (Avaliador B)

Avaliado em: 18.04.2019 (Avaliador C)

Aceito em: 13.08.2019

# O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NA PERSPECTIVA DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

## *THE CONTEMPORARY SLAVE LABOR IN THE PERSPECTIVE OF THE VIOLATION OF PERSONALITY RIGHTS*

**Ilton Garcia da Costa<sup>1</sup>**

Professor de Direito na Graduação e no Mestrado (UENP, Jacarezinho/PR, Brasil)

**Caroline Gomes de Mello<sup>2</sup>**

Mestranda em Ciência Jurídica (UENP, Jacarezinho/PR, Brasil)

**ÁREA(S):** direito constitucional; direito civil.

**RESUMO:** O artigo analisa o trabalho escravo contemporâneo sob a perspectiva da violação dos direitos da personalidade do trabalhador, entendidos como aqueles direitos essenciais à sua dignidade e integridade. Tais direitos encontram-se intimamente vinculados à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana,

uma vez que constituem o patamar mínimo de proteção e valorização do ser humano. Sendo o trabalho um fator de dignidade e de realização pessoal, o Estado deve cuidar para que ele seja exercido em condições decentes que assegurem ao trabalhador, além de sobrevivência, uma existência digna, pois, do contrário, não poderá ser identificado como um trabalho, mas sim como um mecanismo de exploração do

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Administração pelo Centro Universitário Ibero Americano Unibero. Advogado. *E-mail:* [iltongcosta@gmail.com](mailto:iltongcosta@gmail.com). Currículo: <http://lattes.cnpq.br/0959097128095664>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0093-161X>.

<sup>2</sup> Especialista em Direito Processual do Trabalho e Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus. Analista Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Integrante do Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais da Uenp-GPCertos. *E-mail:* [carolinemello@trt15.jus.br](mailto:carolinemello@trt15.jus.br). Currículo: <http://lattes.cnpq.br/276263865514-8845>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6178-2689>.

trabalho humano que avilta a dignidade e agride os direitos básicos do trabalhador, como no caso do trabalho escravo. Assim, somente por meio do direito ao trabalho decente, compreendido, neste artigo, como um direito da personalidade, que se permite assegurar ao trabalhador proteção à sua integridade física, psíquica, moral, intelectual e social, garantindo qualidade de vida e efetivando o fundamento maior da dignidade da pessoa humana.

**ABSTRACT:** *The article analyzes contemporary slave labor from the perspective of the violation of the rights of the personality of the worker, understood as those rights essential to their dignity and integrity. These rights are closely linked to the realization of the principle of the dignity of the human person, since they constitute the minimum level of protection and appreciation of the human being. Since work is a factor of dignity and personal fulfillment, the State must ensure that it is exercised in decent conditions that ensure the worker, in addition to survival, a dignified existence, otherwise, it can not be identified as a work, but as a mechanism of exploration of human labor, which degrades dignity and harasses the basic rights of the worker, as in the case of slave labor. Thus, only through the right to decent work, understood in this article, as a right of the personality, it is allowed to assure the worker protection to his physical, psychic, moral, intellectual and social integrity, guaranteeing quality of life and making the highest foundation of the dignity of the human person.*

**PALAVRAS-CHAVE:** trabalho escravo contemporâneo; direitos da personalidade; dignidade da pessoa humana; trabalho decente.

**KEYWORDS:** *contemporary slave labor; personality rights; dignity of human person; decent work.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Os direitos da personalidade; 2 Os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana; 3 O trabalho escravo como uma violação à dignidade do trabalhador; 4 O trabalho decente como um direito da personalidade; Considerações finais; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 The rights of personality; 2 The rights of personality and the dignity of the human person; 3 Labor slave as a violation to the dignity of the worker; 4 Decent work as a personality right; Final Considerations; References.*

## INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade são aqueles direitos inerentes à pessoa considerados essenciais para a realização da personalidade humana. Esses direitos repousam sobre o valor basilar da dignidade da pessoa humana, encontrando nela o seu fundamento básico,

conformando uma noção do mínimo existencial. Deste modo, é possível afirmar que a dignidade da pessoa humana encontra-se intimamente relacionada com os direitos da personalidade, porquanto resultam da mesma proteção conferida à pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana passa a ser reconhecida então como valor fonte dos direitos da personalidade, reunindo todas as esferas essenciais de realização e desenvolvimento da pessoa humana, garantindo o mínimo necessário ao ser humano, com destaque àqueles direitos que refletem diretamente sobre os aspectos de sua vida, como saúde, integridade física, nome, imagem, intimidade, pelo que merecem ser respeitados e tutelados para que não sofram qualquer tipo de violação, seja por parte do particular, seja por parte até mesmo pelo Estado.

O artigo propõe-se à análise das violações dos direitos da personalidade do trabalhador no contexto do trabalho escravo contemporâneo. Verifica-se que esses direitos são gravemente feridos, e, embora não seja apenas a liberdade o foco da restrição, há também outras formas de coação que não se limitam ao cerceio da liberdade de locomoção, mas afrontam, sobretudo, o princípio basilar do Estado Democrático de Direito – a dignidade da pessoa humana. O trabalho nessas condições subjugava o obreiro a situações deploráveis de vida, em um patamar muito aquém do mínimo indispensável para uma vivência digna.

O trabalho escravo ainda persiste na sociedade contemporânea, embora com traços característicos que a diferem da escravidão praticada no século passado, porém segue a mesma essência perversa de exploração do trabalho humano com aviltamento da dignidade do trabalhador. Ela se manifesta, atualmente, nas jornadas exaustivas, condições degradantes, servidão por dívida, trabalhos forçados – todas essas situações reduzem o trabalhador a condição análoga à de escravo, ferindo direitos constitucionalmente assegurados.

Sendo assim, é a dignidade da pessoa humana o principal bem jurídico a ser tutelado na prática do trabalho em condição análoga à de escravo. Toda a humanidade inerente ao trabalhador é retirada, pois é tratado como objeto, uma mercadoria descartável, utilizado apenas como instrumento de produção, sendo explorado e submetido a condições indignas de trabalho.

Tal prática é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, encontrando-se vários proibitivos no texto constitucional, entre os quais se destacam a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Ocorre que, a despeito de toda proteção dispensada ao trabalhador, ainda existem grandes grupos econômicos



obstinados pelo lucro que insistem em dar sobrevida à prática de trabalho escravo, usurpando os direitos mais caros do ser humano.

Todo labor deve ser executado em conformidade com os princípios constitucionais do trabalho que visam assegurar a valorização do trabalho humano e a dignidade da pessoa humana. Do contrário, não será considerado trabalho, mas um mecanismo de exploração, como é o caso do trabalho escravo. Defende-se que somente por meio da realização do direito ao trabalho decente é que a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho podem ser concretizados.

O trabalho exercido em condições decentes é tido como instrumento capaz de consolidar a identidade social do trabalhador e promover sua emancipação, contribuindo para a sua inclusão social e coletiva. Além de instrumento, o trabalho decente também pode ser entendido como um direito da personalidade do trabalhador, porquanto visa lhe assegurar a proteção à integridade física, psíquica, moral, intelectual e social, garantindo condições mínimas de vida e sobrevivência.

Utilizando-se do método dedutivo a partir de pesquisa bibliográfica e legislativa, o presente estudo pretende contextualizar o trabalho escravo contemporâneo sob a perspectiva da violação dos direitos da personalidade do trabalhador, a partir do parâmetro mínimo da dignidade da pessoa humana e do trabalho decente.

## **1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Os direitos da personalidade tiveram sua construção teórica nas doutrinas germânicas e francesas, na segunda metade do século XIX, adquirindo previsão legal nas constituições pós-guerra. No Brasil, a Constituição da República de 1988 concebeu a proteção dos direitos da personalidade, a fim de que se garantisse a efetivação dos direitos fundamentais. O Código Civil brasileiro, por sua vez, é quem dispõe sobre os direitos da personalidade, disciplinando sua aplicação e seus efeitos no âmbito jurídico entre os arts. 11 a 21.

Na análise dos direitos da personalidade, é fundamental a compreensão do que vem a ser a personalidade. O Código Civil, em seu art. 2º, define-a como a aptidão genérica reconhecida a todo ser humano para contrair direitos e deveres na ordem civil.

Elimar Szaniawski (2005, p. 35-36) define a personalidade como o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade. Sustenta, ainda, que esses bens são aqueles inerentes à pessoa humana, como a vida, a liberdade, a honra, entre outros, destacando que a proteção dada a esses bens primeiros do indivíduo são denominados de direitos da personalidade.

A personalidade, para Gustavo Tepedino (2004, p. 27), pode ser entendida sob dois pontos de vista, a saber:

Sob o ponto de vista dos atributos da pessoa humana, que a habilita a ser sujeito de direito, tem-se a personalidade como capacidade, indicando a titularidade das relações jurídicas. É o ponto de vista estrutural [...]. De outro ponto de vista, todavia, tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. A pessoa, vista deste ângulo, há de ser tutelada das agressões que afetam a sua personalidade, identificando a doutrina, por isso mesmo, a existência de situações jurídicas subjetivas oponíveis *erga omnes*.

Pode-se, então, entender por direito da personalidade aquele direito atinente à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade. A propósito, sustentam Flávia Piovesan e Rômolo Rosso (2004, p. 12) que os “direitos da personalidade compõem direitos inerentes à condição humana essenciais para a realização da personalidade humana, amplamente considerada, tanto no plano físico como no plano moral, ou seja ‘em todos os domínios do viver’”.

No mesmo sentido, é o ensinamento de Francisco Amaral (2002, p. 243), para quem, os “direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”.

Assim, como os direitos da personalidade objetivam proteger a pessoa humana, justamente por isso é que são dotados de características especiais, como irrenunciabilidade, intransmissibilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade, extrapatrimonialidade, oponíveis *erga omnes* (Araújo, 2013, p. 38).

A afirmação de que os direitos da personalidade são essenciais, inatos e permanentes é no sentido de que, “sem eles, não se configura a personalidade, nascendo com a pessoa e acompanhando-a por toda a existência”. São inerentes à pessoa, intransmissíveis, inseparáveis do titular, e por isso se chamam, também, “personalíssimos”, extinguindo com a morte do titular. Por consequência, são absolutos, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e extrapatrimoniais (Amaral, 2002, p. 247).

A esse respeito, aduz Amauri Mascaro Nascimento (2005, p. 131) que os direitos da personalidade

são prerrogativas de toda pessoa humana pela sua própria condição, referente aos seus atributos essenciais em suas emanações e prolongamentos, são direitos absolutos, implicam um dever geral de abstenção para a sua defesa e salvaguarda, são indisponíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e de difícil estimação pecuniária.

Logo, os direitos da personalidade são de crucial importância, já que representam, no nível da legislação infraconstitucional, a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Neste aspecto Carlos Alberto Bittar (2008, p. 11) considera os direitos da personalidade, “como direitos inatos, que estão ou não positivados, já que derivam do princípio da dignidade da pessoa humana”. Complementa ainda o autor (2008, p. 11) que:

Por isso é que o ordenamento jurídico não pode consentir que deles se despoje o titular, emprestando-lhes caráter essencial. Daí, são, de início, direitos intransmissíveis, indispensáveis, restringindo-se à pessoa titular manifestando-se desde o nascimento (Código Civil, art. 2º).

São, pois, direitos que se ligam à pessoa de forma permanente, de modo que não há qualquer indivíduo que não goze do direito à vida, à liberdade, ao direito ao nome, e à sua honra. Segundo Alice Monteiro de Barros (2005, p. 584-585), os direitos da personalidade são classificados em direito à integridade física (direito à vida, à higidez corpórea, às partes do corpo, ao cadáver etc.), direito à integridade intelectual (direito à liberdade de pensamento, autoria

artística, científica e invenção) e direito à integridade moral (direito à imagem, à integridade moral, à privacidade, à honra etc.).

Esses direitos estão dispostos na Constituição no art. 5º, V e X, bem como no Código Civil, nos arts. 11 a 21, porém é possível afirmar que o rol dos direitos da personalidade é meramente exemplificativo, porquanto trata de uma categoria de direitos cujo objetivo é resguardar a dignidade da pessoa humana. Em síntese, posiciona-se Cláudio Luiz Godoy (2001) que é possível aduzir que a teoria dos direitos da personalidade, assim como suas formas de tutela, evoluiu progressivamente à exata medida em que se desenvolveram as ideias de valorização da pessoa humana, de modo que os direitos da personalidade adquiriram tanto mais revelo quanto se distinguiu, na pessoa humana, o elemento incorpóreo da dignidade.

Pode-se afirmar que os direitos da personalidade são aqueles direitos que têm por objeto os elementos que constituem a personalidade do seu titular, considerada em seus aspectos físico, moral e intelectual. São direitos inatos e permanentes que nascem com a pessoa e a acompanham durante toda sua existência, voltado à proteção das qualidades e dos atributos essenciais da pessoa humana, de forma a salvaguardar sua dignidade e a impedir violações de particulares ou mesmo do Poder Público.

Para garantir às pessoas condições mínimas à sua existência e desenvolvimento de sua personalidade, é necessário que os direitos fundamentais sejam “dotados de plena eficácia de modo que sua efetividade não se restrinja apenas no plano teórico” (Bernardi; Leite, 2018, p. 79). Discute na doutrina se o direito da personalidade confunde-se com o direito fundamental, tendo em vista que inúmeros dos direitos fundamentais são também direitos de personalidade, como, por exemplo, a intimidade.

Para alguns doutrinadores, direito fundamental não se confunde com direito de personalidade, vez que não é possível a existência de direitos fundamentais de *status* infraconstitucional, pelo que a Constituição brasileira não outorgou à legislação infraconstitucional a possibilidade de criação de direitos fundamentais. Por outro lado, há autores que vislumbram uma ligação direta entre direitos de personalidade e direitos fundamentais, em especial sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, tema que será abordado a seguir.

## 2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é o valor fonte dos direitos em geral e também dos direitos da personalidade, indispensável ao Estado e à Constituição, possuindo como elemento constituinte o respeito ao ser humano, sendo considerada um atributo intrínseco da pessoa humana. Com a inserção da dignidade humana como valor maior e fundamental, ocupando o centro normativo constitucional, houve o reconhecimento do valor da pessoa, de sua personalidade e a tutela pelo ordenamento jurídico contra qualquer situação jurídica que intente contra a dignidade e, sobretudo, contra o pleno desenvolvimento da personalidade.

Os direitos de personalidade, portanto, têm sua base e substrato na dignidade da pessoa humana. Ingo Sarlet (2006, p. 77) ressalta que todo o sistema de direitos fundamentais, aqui incluídos, por óbvio, os direitos da personalidade, “repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”. O que se percebe é a tamanha vinculação entre direitos da personalidade e dignidade humana, a ponto de alguns autores, a exemplo de Renan Lotufo (2003, p. 81), entenderem os direitos da personalidade como o “o mínimo imprescindível para o ser humano desenvolver-se dignamente”.

A essencialidade dos direitos da personalidade fundamenta-se no respeito e na proteção da dignidade, conformando uma noção do mínimo existencial. Por isso é que merecem ser tutelados como um desdobramento da dignidade da pessoa humana, inclusive pela confluência que guardam com os preceitos do art. 5º da Constituição Federal, que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais. Também se pode extrair sua tutela por via do art. 3º, I e IV, que traduz os objetivos da República, entre eles a construção de uma sociedade justa e solidária, a promoção do bem-estar coletivo e a vedação de atos discriminatórios. Cláudio Ari Mello (2006, p. 89), ao discorrer sobre o sistema de proteção jurídica dos direitos da personalidade, sustenta que ele se funda

[...] sobre duas cláusulas gerais, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, do art. 1º, III, da Constituição Federal e o art. 12 do Código Civil de 2002, a primeira funcionando como a fonte normativa material da tutela jurídica da personalidade,

e a seguinte, como cláusula de abertura formal do sistema. Essa circunstância determina ao sistema de tutela jurídica da personalidade uma permanente articulação entre o direito constitucional e o direito privado.

Argumenta Szaniawski (2005, p. 143) que o princípio da dignidade da pessoa humana “atua como uma cláusula geral de tutela da personalidade do ser humano, tutelando-a em todas as suas dimensões”, garantindo o mínimo imprescindível a cada pessoa, com destaque àqueles direitos que refletem diretamente sobre os aspectos de sua vida, como saúde, integridade física, nome, imagem, intimidade. A esse respeito, afirma Mello (2006, p. 77) que,

de fato, os direitos de tutela da vida, da integridade física, da liberdade, privacidade, contra tratamentos discriminatórios ou cruéis, são instrumentos jurídico políticos de proteção de bens diretamente vinculados à felicidade, ao bem-estar e à dignidade humana, e cada um deles reserva atributos inerentes à personalidade humana.

Sob essa perspectiva, é possível afirmar que toda pessoa é titular de determinados direitos indispensáveis à sua existência física, psíquica ou social, os quais, vinculados à dignidade humana, concretizam-se pela via dos direitos da personalidade. Nesse aspecto, Adriano Cupis (1961, p. 17) ressalta que existem certos direitos sem os quais a personalidade não poderia ser completamente realizada. Equivale dizer que, se esses direitos não existissem, a pessoa não existiria como tal. Para o autor, esses são os chamados “direitos essenciais”, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade.

Ademais, a dignidade humana pressupõe a salvaguarda aos direitos da personalidade também no que diz respeito quanto à impossibilidade de instrumentalização do ser humano. Isto porque, segundo Immanuel Kant (2007, p. 69), a pessoa existe como um fim em si mesma, jamais podendo ser utilizada como meio para atingir determinado fim.

O homem, e, de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele

mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim. Todos os objetos das inclinações têm somente um valor condicional. [...]. Os seres, se são seres irracionais, têm apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio [...]. (Kant, 2007, p. 68)

Nesse particular, Kant reconhece a autonomia do homem como ser racional atribuindo a diferença entre coisas e pessoas, meios e fins. Segundo o autor, no reino dos fins tudo tem ou um preço ou dignidade. O que tem preço pode ser substituído por algo de valor equivalente, “mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade” (2007, p. 77). E complementa sua enunciação dizendo (2007, p. 77) que aquilo que se relaciona com as inclinações e necessidades humanas possui um valor comercial, em contrapartida, o que constitui condição para algo que seja um fim em si mesmo, “tem um valor íntimo, isto é, dignidade”.

O que se pode extrair da concepção kantiana é que todo homem tem dignidade e não preço, como as coisas, não sendo passível de substituição ou comparação, devendo ser tratado como um fim, e nunca como meio. Assim, qualquer ato, seja ele advindo do Estado ou de qualquer outra pessoa que intente à mercantilização dos direitos da personalidade e à coisificação da pessoa humana, deve ser coibido, porque atentatório à dignidade.

Baseado em Kant, afirma Rodrigo da Cunha Pereira (2006, p. 96) que a dignidade é o valor intrínseco ao homem, que o diferencia e o faz superior às coisas, tornando-o pessoa. Ausente a dignidade, o indivíduo passa a ser identificado como instrumento ou coisa, tendo em vista que uma qualidade própria e delimitadora da própria natureza humana é violada. Assim, destaca Enders Cristoph (2018, p. 521) que a ocorrência de uma violação da dignidade humana ocorre “quando o indivíduo é usado como mero objeto para fins alheios, quando é instrumentalizado e quando, com isso, sua posição como sujeito jurídico é desrespeitada”. Sob esse prisma, Sarlet (2006, p. 60) conceitua a dignidade da pessoa humana como a

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Logo, a dignidade é um atributo do ser humano, algo que lhe é inato, e que lhe faz merecedor do mesmo respeito e consideração tanto do Estado como da sociedade, acarretando direitos e deveres fundamentais que não apenas asseguram a proteção do indivíduo contra qualquer ato de cunho degradante ou desumano, como as condições mínimas para uma vida saudável.

Essa proteção fundamental também deve ser assegurada nas relações laborais, pelo qual não há que se admitir trabalho sem respeito à dignidade. Assim, ao empregador cabe a obrigação de prover o trabalho de maneira adequada e possibilitar sua execução de forma digna, respeitando a dignidade através da observância dos direitos da personalidade do trabalhador, entre os quais se destaca o direito à vida, à liberdade, à privacidade, à honra e à sua integridade física e psíquica.

### **3 O TRABALHO ESCRAVO COMO UMA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DO TRABALHADOR**

O trabalho, enquanto um valor fundamental, incluído no núcleo dos direitos essenciais ao ser humano, deve ser assegurado socialmente pelo Estado para a efetivação da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, cabe ao Estado conferir ao homem não apenas acesso ao trabalho, mas cuidar para que ele seja executado em condições dignas, de forma a garantir efetivamente sua dignidade, pois, do contrário, não poderá ser identificado como trabalho, mas como uma forma de exploração, como é o caso do trabalho escravo.

O trabalho escravo ou o trabalho em condição análoga à de escravo, tal como definido pelo art. 149 do Código Penal, agride os direitos fundamentais e, por óbvio, os direitos da personalidade do trabalhador, violando o principal



bem jurídico a ser protegido, que é a dignidade da pessoa humana. O trabalho, nessas condições, subjugava o obreiro a situações deploráveis de vida, em um patamar muito aquém do mínimo indispensável para uma vivência digna.

Para Sarlet (2006, p. 52), o critério decisivo para a identificação de uma violação da dignidade passa a ser o do objetivo da conduta, isto é, a intenção de instrumentalizar (coisificar) o outro. Nesse campo, situa-se o trabalho escravo como uma violação da dignidade do trabalhador, ao colocá-lo na posição de mero objeto, meio para consecução dos objetivos do empregador, retirando dele a capacidade de autodeterminação.

As pessoas são dotadas de dignidade, ensina Piovesan (2011, p. 145), na “medida em que têm um valor intrínseco, sendo a autonomia a base da dignidade humana, estando intimamente relacionada com a concepção de liberdade”. Para a autora, “o trabalho escravo surge como a negação absoluta do valor da dignidade humana, da autonomia e da liberdade, ao converter pessoas em coisas e objetos”.

Ao converter pessoas em coisas e objetos, o trabalho escravo apoia-se no contexto de vulnerabilidade social a que estão submetidos grande parte dos trabalhadores brasileiros, tratando-os como ferramentas descartáveis, privando-os de seus direitos básicos, comprometendo os limites da dignidade humana.

Neste mesmo sentido, caminha a jurisprudência do STF, para quem o trabalho escravo representa uma violação à dignidade da pessoa humana, como se observa nos trechos do voto da Ministra Relatora Rosa Weber, proferido no Inquérito nº 3412/AL: “Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno” (Brasil, STF, 2012).

Assim, pode-se compreender o trabalho escravo como aquele labor que se desempenha com o rebaixamento da mão de obra à mera mercadoria descartável e donde o capitalista auferir seu lucro, principalmente, pela superexploração do homem-trabalhador (Miraglia, 2011, p. 150). Sendo uma maneira cruel de tratamento ao ser humano, alicerçado na miséria e na exclusão social, o trabalho escravo retira completamente a dignidade do trabalhador, que é humilhado e submetido a condições degradantes de trabalho.

Por isso, é essencial destacar que a dignidade humana estabelece limites intransponíveis ao trabalho, devendo sempre reger as relações de trabalho.

Deste modo, Gabriela Neves Delgado (2006, p. 207-209) afirma que o “trabalho não violará o homem enquanto fim em si mesmo, desde que prestado em condições dignas. O valor da dignidade deve ser o sustentáculo de qualquer trabalho humano”. E também assevera que, onde “o direito ao trabalho não for minimamente assegurado, não haverá dignidade humana que sobreviva”.

A manifestação da dignidade se faz presente na incolumidade do direito à vida, à honra, à saúde, à integridade física, à integridade moral, à intimidade e à garantia da afirmação social do trabalhador no ambiente de trabalho. Se, de um lado, o trabalho dignifica o homem, de outro lado, ele oprime o ser humano e deixa de ser algo que o realize e satisfaz quando exercido em condições indignas, em situação de exploração, como no caso do trabalho escravo.

Considerando o prisma da dignidade do trabalho é que o homem trabalhador revela a riqueza de sua identidade social, exercendo sua liberdade e a consciência de si, além de realizar, em plenitude, seu dinamismo social, seja pelo desenvolvimento de suas potencialidades, seja de sua capacidade de mobilização ou de seu efetivo papel na lógica das relações sociais. É o valor da dignidade, portanto, essencial para o trabalho humano sob qualquer uma de suas formas e em qualquer processo histórico. Por meio de sua projeção é que o homem redimensiona-se enquanto ser humano pleno, apesar de entregue à inexorabilidade do tempo da vida. (Delgado, 2006, p. 241-242)

Dada a relevância dos direitos fundamentais como a vida e a liberdade, assim como dos direitos de personalidade, todos aviltados na relação de trabalho escravo contemporâneo, tem-se que tal prática é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, encontrando-se seus proibitivos em diversos artigos da Carta Magna, entre eles os arts. 1º, *caput*, e incisos III e IV; 3º; 4º; 5º, *caput*, e incisos III, X, XIII, XV, LXVII e § 2º; 170, e em inúmeros tratados e convenções internacionais ratificadas, como as Convenções nºs 29, ratificada em 1930, e 105, ratificada em 1957, ambas da OIT, sendo ainda tipificada como crime pelo art. 149 do Código Penal.

No entanto, o principal fundamento para a proibição de todas as espécies de trabalho escravo é a dignidade da pessoa humana, pois não há que se falar em

dignidade sem respeito à integridade física, mental e moral do ser humano, sem que haja liberdade, autonomia e igualdade em direitos, sem serem assegurados minimamente os direitos fundamentais, sem, enfim, serem asseguradas condições mínimas para uma existência digna (Silva, 2010, p. 79).

A existência digna está intimamente ligada à valorização do trabalho, pelo que não se pode falar em realização plena da dignidade da pessoa humana se o trabalho não for adequadamente apreciado (Miraglia, 2010, p. 9040). A propósito, a Constituição, além da dignidade da pessoa humana, inclui o valor social do trabalho e a livre iniciativa entre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil; ao mesmo tempo, destaca que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano, citando como princípios a busca do pleno emprego e a função da social da propriedade (arts. 170, III e VIII, e 186 da CF) e o primado do trabalho reside na base da ordem social (art. 193 da CF).

As noções mínimas de valor social do trabalho são, na maioria das vezes, ignoradas no cenário das relações de trabalho, e o que se percebe é uma situação real de poder, notadamente caracterizada pelo abuso e ausência de ética, cujo efeito principal é o aviltamento da dignidade do trabalhador, como se depreende das situações de trabalho escravo (Soares; Barbosa, 2016, p. 39).

Para que o trabalho seja valorizado, é preciso que se realize em condições de dignidade. Menos que isso é sujeitar o trabalhador a condições de trabalho que estão abaixo do necessário para a garantia de uma vida digna e saudável. Por isso, é dever do Estado assegurar os direitos essenciais dos seres humanos, entre os quais se destaca o trabalho, cuidando para que ele seja executado em condições decentes, a fim de salvaguardar a dignidade e os direitos da personalidade do trabalhador.

#### **4 O TRABALHO DECENTE COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE**

Como visto no tópico anterior, o trabalho deve ser protegido e exercido em condições de dignidade. Merece destaque que o trabalho protegido contra ilegalidades e discriminações também é forma de concretização das exigências decorrentes do primado constitucional da dignidade da pessoa humana (Reis; Costa, 2015, p. 323). Assim, pode-se afirmar que somente pela realização do direito ao trabalho decente é que o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana podem ser concretizados.

Mas, afinal, o que vem a ser o trabalho decente? A Organização Internacional do Trabalho (OIT, 2006) define o trabalho decente como aquele “adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna”. Essa definição de trabalho decente é apoiada no ponto de convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT:

- (a) o respeito às normas internacionais do trabalho, em especial aos princípios e direitos fundamentais do trabalho (liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; eliminação de todas as formas de trabalho forçado; abolição efetiva do trabalho infantil; eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação);
- b) promoção do emprego de qualidade; c) extensão da proteção social; d) diálogo social.

Baseado na concepção de trabalho decente proposto pela OIT, Brito Filho (2018, p. 57) destaca que o trabalho decente é um conjunto mínimo de direitos do trabalhador correspondente ao direito ao trabalho, à liberdade de trabalho, à igualdade no trabalho, ao trabalho com condições justas, incluindo a remuneração, capaz de preservar sua saúde e segurança, bem como o direito à proibição do trabalho infantil, à liberdade sindical e à proteção contra os riscos sociais.

Constata-se, pois, que a noção de trabalho decente funda-se na dignidade da pessoa humana, compreendendo-se como aquele trabalho capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador, constituindo instrumento de realização pessoal que o torna capaz de se afirmar e de se realizar plenamente na sociedade capitalista na qual está inserido. A propósito, Alvarenga (2015, p. 136) entende o trabalho decente como um

[...] instrumento de realização pessoal e fundamento sobre o qual o homem realiza seus desejos pessoais, revela sua criatividade, desenvolve sua personalidade e torna possível a execução de uma tarefa voltada para o bem de toda a humanidade. O trabalho passa a ser uma atividade desenvolvida pelo homem com o fim último de atender às exigências básicas do ser humano,

no plano da realidade material e espiritual, dando à pessoa humana garantia de vida e subsistência, para que ao homem seja oferecido um todo imprescindível a uma vida digna e saudável, encontrando-se ligado não apenas aos direitos da personalidade do ser humano, como também à sua afirmação econômica, social, cultural e pessoal.

Denota-se que o trabalho decente também pode ser entendido como um direito da personalidade do trabalhador, por assegurar-lhe proteção à sua integridade física, psíquica, moral, intelectual e social. Não somente a proteção à integridade física ou moral está ligada à personalidade, à vida e à dignidade da pessoa humana, pelo que também se pode incluir sob este prisma tudo o que diz respeito às condições mínimas de sobrevivência, como o direito ao trabalho remunerado, à habitação, ao lazer, à saúde, à alimentação, à educação, nos termos do art. 6º da Constituição Federal (Almeida; Villatore, 2013, p. 116).

É possível afirmar que não é considerado trabalho decente aquele que não remunera dignamente, e também não o é aquele em que o empregador avilta a dignidade do trabalhador, humilhando-o e forçando-o a trabalhar em condições que o colocam em uma relação de trabalho escravo. Nesses termos, manifesta-se Brito Filho (2018, p. 57):

Não há trabalho decente sem condições adequadas à preservação da vida e da saúde do trabalhador. Não há trabalho decente sem justas condições para o trabalho, principalmente no que toca às horas de trabalho e aos períodos de repouso. Não há trabalho decente sem justa remuneração pelo esforço despendido. Não há trabalho decente se o Estado não toma todas as medidas necessárias para a criação e para a manutenção dos postos de trabalho. Não há, por fim, trabalho decente se o trabalhador não está protegido dos riscos sociais, parte deles originada do próprio trabalho humano.

Logo, o trabalho decente garante ao trabalhador não apenas o mínimo existencial para a sua sobrevivência e de sua família, mas, principalmente, condições que lhe permitam desfrutar de uma vida com dignidade. O trabalho já não pode ser entendido apenas como um meio de satisfação das necessidades

humanas, visto que tal visão foi superada por uma concepção de trabalho que concilie sobrevivência, humanização, integração social, autoestima e utilidade social. Para tanto, defende-se a necessidade de efetivação de políticas públicas pelo Estado que garantem ao indivíduo o direito ao trabalho decente, com remuneração equitativa, com segurança no local de trabalho, com meio ambiente sadio, com liberdade de expressão e igualdade de oportunidades a todos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho revela o homem em sua dimensão maior de ser humano, por isso deve fundamentar-se no referencial axiológico da dignidade da pessoa humana. Esse argumento considera, portanto, que todo trabalho, deve ao menos assegurar ao trabalhador direitos mínimos que sejam capazes de dignificá-lo em sua condição humana. Não somente o Estado, mas toda a comunidade deve zelar pelo respeito à dignidade da pessoa humana, como forma de fortalecer e garantir os direitos fundamentais de proteção ao trabalho.

Sem a garantia desses direitos, não se pode falar em dignidade, já que, sem ela, o trabalhador não se desenvolve plenamente. A existência digna do trabalhador pressupõe, além do acesso ao trabalho, e conseqüentemente ao salário, indispensável para a sua sobrevivência e de sua família, que o seu exercício se dê em condições dignas ou decentes, assim denominadas pela Organização Internacional do Trabalho, isto é, em respeito ao conjunto amplo de direitos previstos na legislação nacional e internacional. Logo, só se pode falar em realização plena da dignidade da pessoa humana se as condições mínimas ao trabalhador estiverem sendo respeitadas.

Ao identificar os direitos da personalidade como um parâmetro mínimo para a efetivação da dignidade da pessoa humana e do trabalho decente, voltados à proteção da pessoa, verificou-se que o trabalho escravo ou trabalho em condição análoga à de escravo agride diretamente os direitos da personalidade do trabalhador, violando o principal bem jurídico a ser protegido, que é a dignidade da pessoa humana.

Apesar de a escravidão ser vedada pelo nosso ordenamento jurídico, ainda que sob a égide do Estado Democrático de Direito, encontramos situações que colocam o trabalhador em condições análogas à de escravo, sendo mais comum tal prática em locais onde há, justamente, uma ausência jurídica do Poder Público para a regularização e a fiscalização das relações do trabalho. Considera-se função estatal proteger e promover o trabalho digno, através de

políticas públicas que garantam ao trabalhador um trabalho produtivo e com remuneração equitativa, com meio ambiente de trabalho seguro e sadio, com liberdade e igualdade de oportunidades para todos.

A concepção de trabalho decente é a consagração de todos os direitos garantidos constitucionalmente, em especial os dispostos no art. 7º da Constituição Federal, bem como de todos os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil perante a OIT, através dos tratados e convenções, e, sobretudo, é a concretização da dignidade humana. Nesse aspecto, o trabalho em condições análogas à de escravo é uma antítese ao trabalho decente, pois suprime direitos e garantias básicas do trabalhador.

Não obstante os esforços dependidos pelo Brasil desde 2003, com a adoção de duas políticas tendentes a abolir toda a forma de trabalho indigno, sendo elas a de erradicação do trabalho escravo e a de promoção do trabalho decente, ainda há muito que ser feito para que se atenuem a exploração do trabalho humano. É preciso avançar, com a criação de mais agendas regionais, municipais ou intermunicipais, para que a política alcance a todos e não somente a uma quantidade mínima de trabalhadores. É preciso ter em mente que não se pode prescindir da intervenção do Estado para regular as relações do trabalho, pois a ele incumbe defender e garantir o cumprimento dos direitos da classe trabalhadora, com vistas a promover a justiça social e a preservação da dignidade da pessoa humana.

Por isso, deve-se lutar incessantemente pela garantia dos direitos sociais, pela impossibilidade de retrocesso social no combate ao trabalho escravo contemporâneo, assim como evitar flexibilizações desenfreadas dos direitos trabalhistas que garantem uma proteção mínima ao trabalhador, pois todas essas situações, além de romperem com a diretriz constitucional de proteção ao trabalho, também fragilizam o próprio sentido de dignidade que deve ser inerente a qualquer relação de trabalho, eis que consubstancia no valor nuclear para a humanidade.

## **REFERÊNCIAS**

ALMEIDA, Ronald Silva; VILLATORE, Marco Antônio César. Conjecturas sobre o direito de personalidade e o dano moral no ambiente de trabalho. In: ALMEIDA, Ronald Silva; VILLATORE, Marco Antônio César (Coord.). *As aplicações do direito de personalidade ao direito do trabalho*. Curitiba: Juruá, 2013.

ALVARENGA, Rubia Zanotelli de. O trabalho decente como direito humano e fundamental. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, Belém, v. 48, n. 95, p. 1-421, jul./dez. 2015.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3412. Relator: Min. Marco Aurélio, Relatora p/o Acórdão: Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 29.03.2012, acórdão eletrônico DJe-222, publicação 12.11.2012. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.aspnumro=3412&classe=Inq&codigoClasse=0&ori>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente. Análise jurídica da exploração do trabalho: trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2018.

COSTA, Ilton Garcia da; TOSAWA, Suelyn. O trabalhador estrangeiro e os direitos humanos. In: PIRES, Natacha Ferreira Nagao; SIMÕES, Alexandre Gazetta (Org.). *Ensaio sobre a História e a Teoria do Social – Construção do saber jurídico & função política do Direito*. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

CRISTOPH, Enders. A dignidade humana segundo o art. 1º da Constituição da República Federal da Alemanha como “superdireito fundamental” a um bom ordenamento: a mudança de um princípio orientador. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 45, n. 144, p. 516-527, jun. 2018.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad. Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Liv. Moraes, 1961.

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

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costume*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, Ltda., 2007.

LEITE, Daniele A. C.; BERNARDI, Renato. O trabalho escravo contemporâneo analisado sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana enquanto direito da personalidade.



*Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, Salvador, v. 4, n. 1, p. 75-90, jan./jun. 2018.

LOTUFO, Renan. *Curso avançado de direito civil*. Parte geral. 2. ed. São Paulo: RT, v. 1, 2003.

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. *Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2011.

\_\_\_\_\_. O direito do trabalho e a dignidade da pessoa humana – Pela necessidade de afirmação do trabalho digno como direito fundamental. In: *Anais do XIX Congresso Nacional do Conpedi*, Fortaleza, p. 9038-9047, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 31. ed. São Paulo: LTr, 2005.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Trabalho forçado, 2016. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-escravo/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. *Agenda Nacional de Trabalho Decente*, 2006. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Trabalho escravo e degradante como forma de violação aos direitos humanos. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (Coord.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

\_\_\_\_\_; ROSSO, Rômolo. Direitos humanos, dignidade humana e direitos da personalidade. In: *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

REIS, Junio Barreto; COSTA, Ilton Garcia. Direito ao trabalho como fator de inclusão social: proibição da despedida arbitrária e discriminatória. *Revista Jurídica (FIC)*, v. 4, p. 321-339, 2015.

REMÉDIO, Davi Pereira. *O trabalho escravo no Brasil: amplitude do conceito em face da dignidade da pessoa humana*. Leme: Habermann, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Marcello Ribeiro. Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2010.

SOARES, Andrea Antico; BARBOSA, Fernanda Rosa. A fraternidade como instrumento de promoção do direito ao trabalho digno em face do trabalho análogo a escravo contemporâneo no Brasil. In: COSTA, Ilton Garcia; CACHICHI, Rogério Cangussu D.; LEAO JUNIOR, Teófilo. M. A. (Org.). *Paz, direito e fraternidade*. 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, v. 1, 2016.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Submissão em: 16.04.2019

Avaliado em: 17.06.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 08.06.2019 (Avaliador B)

Avaliado em: 14.06.2019 (Avaliador C)

Aceito em: 13.08.2019



# A INSTITUIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE MODERNA APÓS A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PROBLEMA DA INCLUSÃO/EXCLUSÃO

*THE INSTITUTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN MODERN SOCIETY  
AFTER THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS AND THE  
CONSTITUCIONALIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: THE PROBLEM  
OF INCLUSION/EXCLUSION*

**José Francisco Dias da Costa Lyra<sup>1</sup>**

Doutor em Direito (UNISINOS, Porto Alegre/RS, Brasil)

**ÁREA(S):** sociologia do direito.

**RESUMO:** No presente ensaio analisa-se a instituição dos direitos fundamentais, herança das revoluções e da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que se constituem em verdadeiro patrimônio histórico da humanidade, berço do constitucionalismo e dos direitos fundamentais. Para tanto, primeiramente, faz-se breve estudo dos direitos fundamentais como uma instituição social capaz de limitar os

efeitos destrutivos da lógica excludente do mercado, bem como de estabelecer uma comunicação legítima na sociedade. Posteriormente, apresenta-se a diferenciação funcional como a marca da sociedade moderna. Na sequência, o estudo aborda o problema da inclusão/exclusão. Por fim, apresenta algumas considerações sobre o relevante papel dos direitos fundamentais na sociedade moderna, instituição que se estabelece para garantir a inclusão.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí). Professor do Curso de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Campus Santo Ângelo/RS (também leciona - na mesma instituição - as disciplinas de Direito Penal e Processo Penal). Professor de Direito Penal na Faculdade CNEC - Campus de Santo Ângelo. Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul. *E-mail:* jfdclyra@tjrs.jus.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3248441957258684>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1952-3365>.

**ABSTRACT:** *This essay examines the institution of fundamental rights, inheritance of revolutions and the Universal Declaration of Human Rights of 1948, which constitute a true historical patrimony of humanity, the cradle of constitutionalism and fundamental rights. To do so, first, a brief study of fundamental rights is made as a social institution capable of limiting the destructive effects of the exclusionary logic of the market, as well as of establishing a legitimate communication in society. Subsequently, functional differentiation is presented as the hallmark of modern society. The study then addresses the problem of inclusion/exclusion. Finally, it presents some considerations about the important role of fundamental rights in modern society, an institution that is established to guarantee inclusion.*

**PALAVRAS-CHAVE:** direitos fundamentais; sociedade moderna; inclusão/exclusão.

**KEYWORDS:** *fundamental rights; modern society; inclusion/exclusion.*

**SUMÁRIO:** Introdução: a instituição dos direitos fundamentais na sociedade moderna – contributos da declaração universal dos direitos humanos e da teoria constitucional; 1 A diferenciação funcional como aquisição evolutiva da sociedade moderna; 2 O Estado de Bem-Estar e a efetivação dos direitos fundamentais: a questão social e o problema da exclusão; 3 Algumas considerações; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction: the institution of fundamental rights in modern society – contributions of the universal declaration of human rights and constitutional theory; 1 Functional differentiation as evolutionary acquisition of modern society; 2 The state of well-being and the realization of fundamental rights: the social question and the problem of exclusion; 3 Some considerations; References.*

## **INTRODUÇÃO: A INSTITUIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE MODERNA – CONTRIBUTOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E DA TEORIA CONSTITUCIONAL**

No ano de 2018, celebrou-se o aniversário tanto da promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988 quanto da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Esses dois atos fazem com que se destaque a celebração de tais *aniversários* convocando a uma reflexão sobre avanços e retrocessos na efetivação de tais direitos, na medida em que a sociedade global – sob os imperativos da *lex mercatória*<sup>2</sup>, mesmo cobrando

<sup>2</sup> Importa a leitura de RUIZ MIGUEL, Afonso (Org.). *Entre Estado y cosmópolis: derecho y justicia en un mundo global*. Madrid: Trotta, 2014; especialmente o texto de LAPORTA, Francisco J. Governanza

evidência a reclamação dos direitos fundamentais do homem – tem ciência de que o âmbito de proteção avança de forma ambígua e precária: sempre se encontra sujeita a retrocessos, em uma espécie de *opacidade*<sup>3</sup> provocada pela semântica da globalização.

Entretanto, a humanidade tem muito a comemorar, mormente pelo fato de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos – sucessora de outras revoluções e declarações – deu um impulso fundamental para o desenvolvimento do direito internacional do homem, inspirando um conjunto de pactos, convenções universais e regionais em diversos continentes; não obstante o trabalho deva ser incessante, na medida em que o mundo registra vários regimes autoritários e ditatoriais que primam por desprezar os direitos fundamentais. A América Latina – na atualidade – é um ponto interessante de observação nesse aspecto, uma vez que a região convive com o problema da exclusão social e marginalidade<sup>4-5</sup>. Sob esse olhar, anota-se que o patrimônio histórico de tal declaração foi o legado em termos de consolidação constitucional dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e de governança global, conferindo uma tradição histórica ao atual Estado de Direito, não obstante continuem sendo violados em zona de conflitos e por Estados totalitários, destacadamente o trato dos movimentos migratórios pela governança global, que é ilustrativo.

Dito de outro modo, a (neo)constitucionalização<sup>6</sup> do Direito rumo à edificação de um Estado de Direito, que se centra na defesa da dignidade da pessoa humana<sup>7</sup>, raiz da própria concepção da natureza e das funções dos direitos

---

y softlaw: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional. In: RUIZ MIGUEL, A. (Ed.). *Entre Estado y cosmópolis*. Derecho y justicia en un mundo global. Madrid: Trotta, 2014. p. 41-82.

<sup>3</sup> A *opacidade do direito* significa, em poucas palavras, dizer que o sistema de direitos, notadamente pela pobreza e marginalidade, não incide no vivenciar das pessoas, seja pelo completo desconhecimento de seus direitos, bem como por falta de acesso ao sistema jurídico. Ver CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2006. p. 47 e ss.

<sup>4</sup> Ver NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

<sup>5</sup> Consultar RODRIGUEZ M., Dario. Los limites del Estado en la sociedad mundial: de la política al derecho. In: LIMA, Marina C. A. (Org.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 25-63.

<sup>6</sup> Informes sobre o conceito do fenômeno neoconstitucionalismo, de relevo a leitura de CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

fundamentais em um Estado<sup>8</sup>, deve – em muito – a gênese evolutiva dos direitos do homem<sup>9-10</sup>, que – de resto – serviu de inspiração ao processo de consolidação (dimensão e/ou geração) dos direitos fundamentais<sup>11</sup>. Com efeito, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, filosofia que estabelece que a luta pelos direitos humanos é uma tarefa séria e urgente em todos os cantos do mundo<sup>12</sup>. Atualmente, consiste em um critério fundamental para a legitimação do poder, combatendo o arbítrio e a insegurança, dispondo – minimamente – de proteção para uma vida digna<sup>13</sup> (revelada em gerações/dimensões, cuja importância hoje repousa na devida efetivação). Tal proteção é reforçada – normativamente – pela gramática dos direitos fundamentais<sup>14</sup>, e tem-se que há uma obrigação moral do Estado em levar a sério o respeito aos direitos fundamentais do homem. Isso ocorre pela dupla finalidade de se respeitar tais direitos: a) como um lugar formal de luta contra o arbítrio de poder; b) no aspecto substancial de concretizar certo número de valores, articulados em diferentes *gerações*<sup>15</sup>.

Sob essa perspectiva, revela-se oportuna uma reflexão sociológica sobre a problemática da efetivação dos direitos fundamentais nas sociedades modernas, mais acentuadamente para destacar quais são os bloqueios que impedem

<sup>8</sup> O valor da dignidade como base de construção e da indisponibilidade dos direitos fundamentais, conforme NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*. Lisboa: Almedina, v. 1, 2015. p. 170.

<sup>9</sup> Importa a leitura de BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. Trad. Dankwart Bernsmülle. São Leopoldo: Unisinos, 2000. p. 107 e ss.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 18. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 1 e ss.

<sup>11</sup> Ver, por todos, SARLET, Ingo Wolfgang. As assim chamadas dimensões dos direitos fundamentais e a contribuição de Paulo Bonavides. In: LINHARES, Emanuel Andrade; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito (Org.). *Democracia e direito fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do Professor Paulo Bonavides*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 388-410. Consigna-se que Sarlet, com razão, adota a terminologia *dimensão*, destacando o processo complementar e cumulativo dos direitos fundamentais, fruto de reivindicações concretas para combater agressões e injustiças a bens fundamentais do ser humano, não havendo que se falar de substituição de uma *geração* por outra.

<sup>12</sup> Conforme HERRERA FLORES, Joaquín. Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. In: SÁNCHEZ RÚBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo (Org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 65-101.

<sup>13</sup> Consultar PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Org.). *Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Forum, 2011.

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 30 e ss.

<sup>15</sup> HAARSCHER, Guy. *Filosofia dos direitos do homem*. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 123.

a sua efetivação. Importa – cada vez mais, na lição de Grimm<sup>16</sup> – a distinção entre Constituição normativa (no aspecto material e formal) e Constituição empírica (válida e efetiva). Ora, é sabido que o Estado ampliou e materializou suas tarefas ante a crescente complexidade e diferenciação das relações sociais, comprometendo-se com a justiça social e abandonando a tradicional função de mero garante a liberdade individual. Com isso, de mediar as relações sociais com o mercado<sup>17</sup>, evitando a *colonização do mundo da vida*<sup>18</sup>, na busca do complicado justo equilíbrio, incrementado, pois, suas funções com devidas prestações sociais e econômicas, enfim, a inclusão. Cumpre destacar, entretanto, que as novas funções regulativas, principalmente no aspecto das políticas de redistribuição, não vieram devidamente acompanhadas com o aumento da capacidade de ordenação do Estado; ao contrário, o cenário atual, tanto no âmbito nacional quanto global, apresenta-se fragmentado<sup>19</sup>, na medida em que o Estado, no âmbito do poder decisório, passa a concorrer com forças sociais poderosas, isto é, novos agentes sociais não oficiais, como a mídia, os grupos de protestos e as organizações privadas<sup>20</sup>. Disso decorre o fato de o Estado não ser capaz de prover – integralmente – os direitos fundamentais<sup>21</sup>, senão que os implementa de forma parcial e limitada, concorrendo com outros sistemas parciais, notadamente o sistema econômico e a sua ideologia neoliberal, perdendo, pois, em termo de validade do próprio Direito<sup>22</sup>. Entretanto, observação sociológica não impede de que se assuma a ideia que o Estado constitucional, que varia de região para região, na lente Häberle<sup>23</sup>, possui – efetivamente – uma *vocação cívica universal, centrada* – primordialmente – na jurisdição constitucional, na concepção dos direitos fundamentais e na cultura política. Esses são erigidos como verdadeiros

---

<sup>16</sup> GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Trad. Raúl Sanz Burgos e de José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006. p. 39.

<sup>17</sup> Ibid., p. 40-41.

<sup>18</sup> Conforme HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade I*. Trad. Flávio Beno Siebelichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 46 e ss.

<sup>19</sup> TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, 2005.

<sup>20</sup> GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 62-65.

<sup>21</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>22</sup> Na lição de Grimm, op. cit., p. 185-187.

<sup>23</sup> HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad e futuro del Estado constitucional*. Madrid: Trotta, 1998. p. 67 e ss.



patrimônios da humanidade, na medida em que a democracia e os direitos fundamentais acabam modelando o perfil material e processual do bem comum estatal, domesticando o mercado. Sob essa ótica, Häberle – perquirindo sobre o significado da Revolução Francesa de 1789 – aponta, com razão, que a teoria do Estado constitucional, entendida como uma ciência cultural, nas suas três dimensões (histórica, atual e futura), está inserida em uma linha de continuidade<sup>24</sup>. Na lição do referido mestre, a teoria da Constituição é uma ciência dos Estados constitucionais, na qual aportam os direitos do homem e do cidadão: os fins próprios do Estado Social de Direito, da cultura e da democracia liberal. Logo, nos ensinamentos de Häberle, a Constituição não só constitui e delimita o poder, mas também o contexto cultural, pois não se trata de uma ordem direcionada exclusivamente para juristas – via processo de interpretação –, senão que atua como guia ao cidadão e aos grupos sociais: é expressão de uma cultura dinâmica. Portanto, *as Constituições vivas* respondem a uma construção da interpretação *aberta* da sociedade, marco para a reprodução cultural dos povos<sup>25</sup>, mesmo sob os influxos de diferenciação social e aumento da complexidade.

Nesse viés, os direitos fundamentais se apresentam como uma *instituição social* que se relaciona com o desenvolvimento civilizatório da sociedade, na medida em que estabelecem uma verdadeira comunicação assentada no ideal do bem comum; consolidando-se como uma estrutura social da sociedade que atende à função de condensar um conjunto de expectativas de comportamento sociais minimamente consensuais e que são fundamentais para a manutenção da coesão social (um *direito à segurança*, que Sarlet denomina de um *direito à proteção por meio de prestações normativas e materiais*, exigência tal que decorre do princípio da dignidade da pessoa)<sup>26</sup>, necessária em face de uma realidade social marcada pelo pluralismo e dissenso, notadamente sobre questões morais.

Logo, a *instituição* dos direitos fundamentais, que – para Luhmann – não se resume a um mero feixe de normas, senão que também simboliza um conjunto de expectativas de comportamentos institucionalizados (tais como a liberdade de expressão, a proteção da propriedade privada, a igualdade, os direitos

---

<sup>24</sup> Ibid., p. 37 e ss.

<sup>25</sup> Ibid., p. 45-46.

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso. Dignidade da pessoa humana e direitos sociais: Manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Faya Silveira (Org.). *Constituição de democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 291-335.

sociais, entre outros), serve para atualização/resolução de situações concretas<sup>27</sup>, integrando – portanto – a estrutura dos sistemas sociais<sup>28</sup>. Com efeito, em ordens sociais complexas com a sociedade atual, que experimentam uma diferenciação funcional, os sistemas sociais, como – por exemplo – o sistema político e o sistema jurídico, especializam-se para cumprir apenas uma determinada função. Ao Direito espera-se que mantenha as expectativas normativas quanto à sua possível violação, mantendo – assim – a vigência do ordenamento jurídico; já à política compete programar – finalisticamente – o Estado, dispondo sobre fins e programas sociais que devem ser observados pela administração estatal, cumprindo que se destaque que a sociedade já não dispõe de um órgão central (nem mesmo o Estado moderno dispõe de tal protagonismo), o que se dá pelo processo de fragmentação em curso (inclusive do próprio Direito). Assim, o poder de tomada de decisões vinculantes desliza para os demais sistemas sociais da sociedade, que passam a se orientar por determinadas prestações sociais.

Sob essa perspectiva – na atual ordem industrial e burocrática –, os direitos fundamentais, na lição luhmanniana, consolidam-se como uma instituição que permite uma comunicação aberta à diferenciação e à alteração, a fim de se atender às novas demandas sociais da atual sociedade tecnológica e aos riscos que ela produz com o avanço científico. Segundo ele, a garantia de liberdade não é outra coisa senão a garantia de possibilidade de comunicação<sup>29</sup>, que deve poder se externalizar nos diversos sistemas sociais que ordenam a vida em sociedade. Por isso, os direitos fundamentais, que estão intimamente ligados ao desenvolvimento civilizatório da sociedade, impedem que as comunicações se orientem por fins particularistas e ilegítimos da burocracia estatal, vedando o fenômeno, cunhado pela teoria sistêmica luhmanniana, da *desdiferenciação* do sistema. Essa pode ocorrer – por exemplo – quando o Direito é politizado ou atende a indevidas injunções econômicas, religiosas, etc.; perdendo, pois, a sua autonomia. No limite, os direitos fundamentais – na lógica luhmanniana – cumprem a importante função corretiva e bloqueadora do perigo da perda da autonomia funcional do sistema jurídico, preservando a comunicação como forma de garantir a institucionalização dos direitos e das garantias

---

<sup>27</sup> Ver DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Trotta, 2007. especialmente p. 53 e ss.

<sup>28</sup> Conforme LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. México: Univesidad Iberoamerica, 2010. p. 85-86.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 99.

constitucionais, ou seja, em defesa das garantias de liberdade do atuar social<sup>30</sup>. Nessa perspectiva – segundo Luhmann, em uma ordem social diferenciada –, os direitos fundamentais devem generalizar a comunicação em quatro esferas: a) preservando a autonomia e a representação pessoal da pessoa; b) garantindo o respeito à formação de expectativas confiáveis de comportamento social; c) permitindo a satisfação das necessidades econômicas; d) preservando a possibilidade de participação e tomada de decisões coletivas.

Logo, com tais generalizações, evita-se a *corrupção do sistema*: indevidas intromissões de um sistema em outros subsistemas sociais<sup>31</sup>. Em suma, a instituição dos direitos fundamentais, nas suas perspectivas subjetiva e objetiva<sup>32</sup>, possibilitou que ditos direitos transitassem do marco negativo (defesa da liberdade), abrindo-se a uma dimensão nova – a objetiva (prestacional) –, que o impele a irradiar-se, inclusive, às relações de direito privado (eficácia contra terceiros)<sup>33</sup>, não mais se direcionando – exclusiva e unilateralmente – contra o Estado, senão que voltam normativos a toda ordem social, reclamando, inclusive, deveres de atuação estatal, conferindo, em suma, destaque ao princípio da proporcionalidade com uma intensa função protetora dos direitos fundamentais<sup>34-35</sup>. No limite, a instituição dos direitos fundamentais abarca, além da proteção individual do indivíduo, determinados princípios morais, decisivos à ordem social<sup>36</sup>, servindo de base à teoria da legislação, que deve assumir a

---

<sup>30</sup> Nesse sentido, GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 89.

<sup>31</sup> LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. México: Univesidad Iberoamerica, 2010. p. 115-117.

<sup>32</sup> PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 25-26.

<sup>33</sup> Consultar SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>34</sup> GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 155-156.

<sup>35</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; NASCIMENTO, Leandro Maciel do. Algumas notas acerca da vinculação de particulares aos direitos fundamentais no direito constitucional norte-americano e sua possível aplicação no Brasil. In: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Org.). *Direitos humanos e fundamentais na América do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 127-158.

<sup>36</sup> LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 322.

responsabilidade política de respeitá-los. Já aos juízes auxiliam, via processo argumentativo, na decisão dos casos concretos<sup>37-38</sup>.

Entretanto, mesmo que se reconheça a normatização da instituição dos direitos fundamentais tempos de (neo)constitucionalização do Direito e da consolidação do Estado (Social) de Direito<sup>39</sup>, que ganham vida na experiência cotidiana e na realidade jurídica e política, uma fonte mais recente de problemas pode ser atribuída pela crescente complexidade da atual sociedade tecnológica e informacional. Por sua vez, essa tem como força motriz os progressos científico e técnico, que causam efeitos relevantes no âmbito dos direitos fundamentais, destacadamente por criarem novas fontes de risco (humano e social), bem como por introduzirem uma série de ameaças às liberdades garantidas pelos direitos fundamentais, que, na lente de Grimm, não dispõem de *sensores* para avaliar os custos externos, restando relativizado o princípio da *reserva da lei*.

Na lição do referido mestre, a validade dos direitos fundamentais não se explica com um *imperialismo da disciplina jurídico-constitucional*, mas, sim, com uma mudança de relação na liberdade individual, que se dá pela absoluta necessidade<sup>40</sup>. Sob esse olhar, podem ser apontadas como relevantes tanto a engenharia genética quanto a Internet e as novas formas tecnológicas de comunicação, a monetarização da questão social, a questão ambiental<sup>41</sup>, entre outras. Ora, complexidade social, impulsionada pela técnica e pela ciência, produz *deficit* do autogoverno social, motivo pelo qual o desenvolvimento da liberdade nos diversos âmbitos (ou sistemas sociais) é dependente da ação estatal. Não é por outra razão que se convertem – os direitos fundamentais – em princípios retores das organizações e instituições públicas ou privadas: instituições de ensino, empresas de comunicação e radiodifusão, empresas,

<sup>37</sup> Ibid., p. 323-330.

<sup>38</sup> Importa a leitura de GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 69 e ss.

<sup>39</sup> O conceito de Estado de Direito, sua origem e suas transformações, é trabalhado por BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000. p. 17-45.

<sup>40</sup> RIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 166-167.

<sup>41</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FESTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

fábricas<sup>42</sup>; concorrendo, portanto, com outras instituições sociais na formação da vida em sociedade.

Com a diferenciação social e o surgimento de sistemas sociais complexos, o Estado somente possui meios indiretos de controle e planificação social, sendo de notar que tal perda de poder pode colocar em perigo os direitos fundamentais, que ficam sem medidas protetoras do Estado, esvaziando a sua validade ou eficácia. Com isso, o Estado não consegue promover – diretamente – a inclusão da população na órbita das prestações dos sistemas sociais parciais<sup>43</sup>, dependendo a colaboração dos demais sistemas da sociedade, restando a garantia dos direitos em um espaço ambivalente e incerto, o que não abala a sua relevância, senão que destaca, paradoxalmente, a importância do sistema de direitos. Portanto, na sociedade moderna, a inclusão depende, além da ação estatal e da sensibilidade dos sistemas sociais, em grande medida, do sucesso pessoal. Daí o porquê de que, no continente local (Brasil e América Latina), em face de uma marginalização generalizada (ou exclusão), a Constituição não se concretiza fática e normativamente; ao contrário, a Constituição adquire um simbolismo negativo, porque posterga a efetivação de uma segurança em termos de direitos.

Dito isso, observa-se que o objetivo do presente artigo – orientando pela sociologia luhmanniana – é procurar demonstrar que a efetiva validade da instituição dos direitos fundamentais na modernidade, especialmente na periferia, depende, em larga medida, da superação do metacódigo da *inclusão/exclusão*, destacadamente pelo fato de que a inclusão é dependente do agir social experimentado, pelo indivíduo, nos diversos subsistemas sociais, não repousando mais, centralmente, na ação estatal. Portanto, (i) o estudo principia analisando as transformações sociais experimentadas pela sociedade moderna: pelo seu processo evolutivo, partindo da sociedade tribal, chegando na sociedade diferenciada estruturalmente; (ii) em segundo momento, pretende demonstrar que em sociedades diferenciadas que a efetivação dos direitos fundamentais somente se dá com a inclusão das pessoas no âmbito dos sistemas parciais, operação mediatizada pelo código inclusão/exclusão; (iii) em um terceiro momento, o trabalho apresenta o desafio do Estado de Bem-Estar na modernidade, qual seja, enfrentar o problema da exclusão, que se dá, de forma

---

<sup>42</sup> Na lição de Grimm, op. cit., p. 165-166.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 187-188.

grave, nos países periféricos, o que compromete a efetivação dos direitos fundamentais. Derradeiramente, (iv) serão apresentadas algumas conclusões provisórias.

## 1 A DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL COMO AQUISIÇÃO EVOLUTIVA DA SOCIEDADE MODERNA

A sociedade moderna, adotando-se o pensamento de que a modernidade é um processo inconcluso, um *projeto inacabado*, não havendo que se falar em seu fechamento ou sua abertura para uma nova fase<sup>44-45</sup>, como pretendem os partidários da semântica da *pós-modernidade*<sup>46-47</sup>, experimenta um vertiginoso aumento de sua complexidade. Essa decorre do gigantismo do mercado global (envolvendo o consumo de mercadorias, padrões culturais e trocas de informações: comunicação global: cultura de massas)<sup>48</sup> e do protagonismo inédito dos *mass média*<sup>49</sup>, consolidando-se – enfim – como uma sociedade mundial, também globalizada pelos riscos. Tal processo evolutivo da sociedade corresponde também – sociologicamente – ao conceito de diferenciação social<sup>50</sup>: aquisições evolutivas que distinguem as sociedades atuais das predecessoras, distinção tal que repousa no desenvolvimento pleno (a completa industrialização operacionalizada nos países centrais). Trata-se de uma nova ordem em que – em

<sup>44</sup> Conforme HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. 3. ed. Trad. Ana Maria Bernardo et al. Lisboa: Dom Quixote, 2000. Habermas refuta a existência de uma dissociação entre a modernidade e a pós-modernidade. Para ele, a modernidade encarna-se na ideia de subjetividade, que explica o individualismo e a autonomia de agir (liberdade de reflexão), fisionomias dos tempos modernos. Logo, a vida religiosa, o Estado e a sociedade, bem como a ciência, a moral e a arte transformam-se em encarnações do princípio da subjetividade. Também informa, ao lado do princípio da subjetividade, o surgimento de sistemas funcionais, como o dinheiro e o aparato burocrático do Estado, que são os motores da modernização social, que necessitam de um controle pelo *medium* do direito.

<sup>45</sup> Também importa a leitura de HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade* I. Trad. Flávio Beno Sibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 44-63.

<sup>46</sup> HABERMAS, Jürgen et al. (Org.). *La posmodernidad*. Barcelona: Kairós, 1983.

<sup>47</sup> HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 18. ed. Trad. Adail Ubirajara Sobral e de Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2008. p. 45-109.

<sup>48</sup> BECK, Ulrich. *O que é globalização: equívocos do globalismo, respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Também, do mesmo autor, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. e Jorge Navarro et al. Barcelona: Paidós, 2006. p. 71 e ss.

<sup>49</sup> Conforme LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mauro Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. Também, do mesmo autor, *A inovação destruidora: ensaio sobre a lógica das sociedades modernas*. Trad. Vera Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

<sup>50</sup> LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Barcelona: Anthropos, 2005.

face da diferenciação funcional – padece da existência de *grandes relatos*<sup>51</sup>, tais como a perda do fundamento teológico, a fragmentação dos códigos morais em prol de pequenos jogos de linguagem e o surgimento de sistemas parciais na sociedade.

Para Luhmann, em razão da riqueza histórica das sociedades pré-modernas e a diversidade de suas configurações empíricas, todo o intento de classificar a sociedade a partir de afirmação de etapas está fadado ao fracasso. Por tal razão, Luhmann utiliza o conceito de diferenciação sistêmica na busca de uma abertura às possibilidades evolutivas; vale-se do conceito de formas de diferenciação, operando uma distinção que separa os âmbitos sistema/entorno. Logo, pode-se afirmar e comprovar – segundo ele – que em todo o sistema social deve existir uma forma de dominação predominante, que distribui as possibilidades de evolução do sistema e de diferenciações adicionais<sup>52</sup>. Assim, as denominadas sociedades segmentárias ou tribais surgem pelo fato de que a sociedade se articula em sistemas parciais, que são – em princípios – iguais e se formam reciprocamente. Tal composição pressupõe – de certa forma – a constituição de famílias, unidade artificial que encobre diferenças naturais de sexo, idade, etc. Nesse modelo, a família ou tribo constitui a forma da diferenciação da sociedade, bastando para a constituição do sistema a reprodução demográfica. As unidades se formam em três planos: família, povoados e tribos. Segundo Luhmann, na *diferenciação segmentária*, os indivíduos ocupam uma posição fixa na ordem social, que não se altera, não havendo possibilidade de carreira ou ascensão social. A inclusão se dá pela comunicação e integração nos grupos sociais (diferença entre o familiar e o desconhecido: inimigo)<sup>53</sup>. No limite, as sociedades tribais, que se formavam dentro de limites estreitamente especificados – um mundo pequeno –, a diferenciação funcional repousa na dicotomia entre o familiar (família/tribo) e o desconhecido (inimigo), sendo o controle social exercido por base religiosa, magia e respeito aos deuses<sup>54</sup>.

Com o surgimento das desigualdades ou da quebra da base de reciprocidade, que provocava exclusão dos indivíduos do grupo social, surgem

<sup>51</sup> Na dicção de LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 9. ed. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olímpio, 2006.

<sup>52</sup> Conforme LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Nafarrate Torres. México: Herder, 2007. p. 483-484.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 506-511.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 511-512.

as denominadas *sociedades estratificadas*. Luhmann – nesse particular – refuta a conclusão no sentido de que a causa do surgimento da estratificação seja somente o aumento da densidade demográfica (crescimento da população) ou do volume da sociedade (Aron)<sup>55</sup>. Para ele, o fator mais relevante foi a reversão das situações do princípio da igualdade da ordem segmentária, o que teria provocado conflitos e confrontos bélicos ou no interior das próprias tribos ou umas contra as outras<sup>56</sup>. Sendo assim, depreende-se que a deformação das regras de reciprocidade é que impulsionou a evolução da sociedade a uma nova ordem. Com efeito, com a formação de grandes reinos, nos quais se mesclam as diversas formas de diferenciação baseadas nas desigualdades, surge a diferença *centro periferia* da estratificação, bem como a ideia de um domínio sustentado na burocracia, conferindo-se legitimidade de poder aos dominadores. Forja-se uma nova ordem social organizada em estratos, com um império do aparato burocrático, inclusive com a formação da burocracia dos cargos. Em tal ordem – entretanto –, a posição ocupada pelos indivíduos já não é tão fixa como nas segmentárias, havendo certa mobilidade, possibilitando-se um certo acesso à educação e à carreira social, embora se mantenha a propriedade privada das terras pela nobreza<sup>57</sup>. Sob o domínio da estratificação, a inclusão dos seres humanos se dá de acordo com sua classe social, a qual fixa as inclusões e exclusões a respeito dos sistemas parciais: só pode pertencer a um estrato social quem é excluído dos outros. Também, sob tal orientação, já há certa independência da ordem econômica com relação à ordem doméstica, com a criação de comunidades de provisão e distribuição, com uma diferença sensível entre nobreza e gente comum, isto é, de seres com dignidade e de seres sem dignidade, estabelecendo-se uma relação assimétrica<sup>58</sup>.

Já as sociedades funcionalmente diferenciadas ou modernas se estabelecem pelo processo evolutivo da alta complexidade que liquidam os vínculos temporais e sociais do *velho mundo*, cuja integração social é agora mediada por organizações, e não mais pelo coletivo das classes sociais. Logo, os indivíduos já não podem mais ser distribuídos por famílias ou classes sociais, pois não é possível colocar um indivíduo dentro de um único sistema parcial,

<sup>55</sup> ARON, Raymond. As etapas do pensamento sociológico. Trad. Sérgio Bath. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 472.

<sup>56</sup> Ibid., p. 521.

<sup>57</sup> Ibid., p. 534-535.

<sup>58</sup> Ibid., p. 545-555.



como – por exemplo – direito, política, economia ou sistema político. Por tal motivo, Luhmann afirma que a sociedade não é constituída por indivíduos (são conceituados como o entorno da sociedade), senão por sistemas parciais, que possuem uma função e identidade próprias, atuando com autonomia e dependência com relação ao seu entorno e demais sistemas. Nesse sentido, cada sistema de função tem a ver com o entorno da sociedade, diferenciando-se para cumprir uma função específica; podendo-se falar – portanto – de uma primazia funcional, que renuncia uma hierarquia vinculante para os demais sistemas<sup>59</sup>.

No pensamento sistêmico luhmanniano, a sociedade moderna é extremamente complexa, notadamente pelo fato de que convive com uma crescente diferenciação funcional. Forjam-se – no seu processo evolutivo (considerando-se a sociedade como um sistema total e abarcador) – subsistemas parciais, que possuem a função de reduzir a alta complexidade. Logo, com ajuda da teoria da *autopoiesis social* (ou do fechamento operacional de cada sistema, com o objetivo de adquirir mais informação e condensar conhecimento), os sistemas parciais estão em condições de enfrentar a sua própria complexidade. Assim, ao Direito (e seu código lícito/ilícito) corresponde a função de manter as expectativas normativas contra eventuais desenganos; à economia (oferta/escassez), a função de regular os preços e o próprio mercado; à política (governo/oposição), a função de programar a sociedade e/ou os fins sociais da política governamental. Portanto, a *autopoiesis*, na teoria sistêmica de Luhmann, é um princípio formador de um sistema. Por isso que – para o autor –, na dimensão social, a aquisição de maior complexidade é aquela que se apoia na exclusão operativa dos homens da sociedade, cumprindo a cada sistema funcional refletir a inclusão de todos os indivíduos unicamente pelas suas próprias operações<sup>60</sup>. Em suma, os sistemas funcionais observam as suas próprias operações, já que – na economia – pode-se identificar, mutuamente e por meio das regras do mercado, os preços que se formam; na política, filtram-se todas as informações veiculadas pela opinião pública; na ciência, podem-se observar as publicações e os artigos. Enfim, os sistemas funcionais são quem estabelecem suas respectivas formas e oportunidades de auto-observação<sup>61</sup>. Não é por outra razão que o conceito de *diferenciação social* desempenha um papel fundamental à Sociologia

---

<sup>59</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Nafarrate Torres. México: Herder, 2007. p. 586-592.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 605-606.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 607-609.

para representar o sistema da sociedade<sup>62</sup>, que já não pode mais ser descrita a partir de um sentido unitário último<sup>63</sup>.

Em suma, pode-se dizer que o *primado da diferenciação social*, como forma de diferenciação sistêmica, tornou-se – na lição de Torres Junior – *autoevidente*<sup>64</sup>, de tal maneira que os sistemas sociais estão em condições de dispensar qualquer fundamento externo, significando que são os subsistemas sociais que passam a cuidar dos problemas fundamentais da sociedade. As formas anteriores – especialmente a divisão por classes sociais – somente contam, segundo Dutra, como *diferenciações secundárias*, deixando em aberto, na teoria sistêmica de Luhmann, o lugar da desigualdade social<sup>65</sup>. Por isso é – segundo Neves – que o aumento da complexidade está intimamente relacionado à diferenciação social da sociedade moderna, podendo-se afirmar que a própria evolução da sociedade se relaciona com a diferenciação funcional, que é a resposta racional a tal processo evolutivo na sociedade moderna<sup>66</sup>. Nessa perspectiva, a coordenação social se dá pelo recurso dos sistemas sociais e dependente do efetivo acesso a ditos subsistemas da sociedade<sup>67</sup>. Logo, o Estado de Bem-Estar, que se caracteriza em conferir um rol extenso de direitos fundamentais à população, também – para sua legitimidade e eficácia – necessita da incorporação da população aos distintos sistemas funcionais da sociedade. O que se revela complicado repousa no fato de que cumpre – individualmente – às pessoas, sob o signo da igualdade, habitar o sistema da religião, da economia, da ciência, da educação, da política, mesmo vivendo fora deles. A sua existência social ou o seu modo de vida reclama acesso a tais sistemas funcionais. Por essa razão, a pretensão de efetivação dos direitos fundamentais é formulada pelo princípio sociológico da *inclusão*, já que a incorporação (ou controle social) da população global aos sistemas sociais passa pela atuação dos diversos sistemas funcionais. Sob essa perspectiva, a realização do princípio da inclusão pela política estatal, fundamento do Estado de Bem-

---

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 471-634.

<sup>63</sup> LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Trad. Josetxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 167-168.

<sup>64</sup> Ver TORRES JUNIOR, Roberto Dutra. O primado da diferenciação funcional e a contingência das estruturas de desigualdade social. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 219-248.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 219 e ss.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 200.

<sup>67</sup> LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el estado de bienestar*. Madrid: Alianza, 2007. p. 47-48.

-Estar, somente pode ocorrer com a crescente incorporação de necessidades e interesses do povo na esfera dos temas políticos realizáveis<sup>68</sup>.

## 2 O ESTADO DE BEM-ESTAR E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A QUESTÃO SOCIAL E O PROBLEMA DA EXCLUSÃO

A inclusão – na lição de Luhmann – é um princípio *aberto*; com o advento do Estado de Bem-Estar e a consequente positivação dos direitos fundamentais, resta assentado que toda pessoa merece atenção política. Todavia, não se costuma dizer *como*, daí o porquê de a atividade política seguir tematizando e selecionando interesses, seguindo os princípios da compensação das desigualdades ocasionadas pelo processo de modernização, buscando a igualdade e a segurança, enfim, o bem-estar da sociedade. Cumpre à política estatal – pela inclusão, se não garante uma pretensão jurídica a todos os aspectos da vida – dar uma “claridade” a tais pretensões, procurando, sob condições de alta complexidade social, combinar um avanço na realização política, na produtividade econômica e no progresso científico, enfim, desenvolvimento com os repertórios de possibilidades de vida pessoais<sup>69</sup>. Cumpre notar, entretanto, que – em termos sistêmicos – o tema da integração social é substituído pela distinção inclusão/exclusão, na medida em que as condições de inclusão variam de acordo com a diferenciação da sociedade, que – como visto – já não pode mais ser orientada de forma hierárquica ou linear, tal como o que ocorria nas sociedades tradicionais. Em tempos modernos, as inclusões se tornam mais *individualizadas* (seguindo o princípio da igualdade/liberdade), passando-se a impressão de que a sociedade moderna oferece uma plena inclusão a todos os seres humanos. Todavia, na complexidade moderna, a inclusão depende, segundo Luhmann<sup>70</sup>, de oportunidades de comunicação altamente diferenciadas, significando dizer que as desigualdades sociais tendem a aumentar significativamente, podendo-se chegar às formas radicais de exclusão, tais como a invisibilidade social ou negativa de reconhecimento. A exclusão – na lição de Stichwec – significa, em uma sociedade fundada na comunicação, que um indivíduo não é mais considerado como destinatário de operações comunicativas; ao contrário, na lente do autor se dá em determinadas

---

<sup>68</sup> Ibid., p. 48-50.

<sup>69</sup> Ibid., p. 50-52.

<sup>70</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007. p. 490-491.

condições regionais especiais (por exemplo, a América Latina e Brasil), que não desenvolveram suficientemente (com autonomia) os sistemas funcionais parciais<sup>71-72</sup>.

Partindo da premissa de que a integração social se dá pela distinção inclusão/exclusão (sem um sentido de unidade, de uma integração forjada no contrato social ou de um consenso moral fundante), Luhmann<sup>73</sup>, inspirado no conceito de forma de Spencer Brown, destaca que – nas observações – são indicados um dos dois lados de uma distinção, sempre pressupondo que a indicação de um pressupõe ou outro (algo que é excluído). Por isso, ele entende que a *inclusão* é o outro lado da forma *exclusão*, definida a partir de uma distinção do observador<sup>74</sup>. Para o autor, a inclusão é a *cara interna de uma forma, cuja cara externa é a exclusão*<sup>75</sup>. Assim, somente se pode falar em inclusão se há exclusão: relacionando a diferença inclusão/exclusão. Por outro lado, a inclusão, no pensamento luhmanniano, relaciona-se com o modo ou a maneira de indicar o contexto comunicativo dos seres humanos, relevantes politicamente, referindo-se ao modo em que são tratados como *peçoas*. Portanto, na sociedade moderna, a forma *inclusão/exclusão* é um *supercódigo* que orienta – primariamente – toda e qualquer observação da sociedade<sup>76-77</sup>.

Em uma breve síntese, se se entende que a sociedade moderna – estruturalmente – experimenta uma diferenciação funcional, tendo, por isso, que renunciar uma regulação uniforme e central ou um controle social centralizado no Estado, confiando a inclusão (ou reconhecimento) das pessoas na sociedade a seus subsistemas parciais (assim, a participação no sistema econômico é

---

<sup>71</sup> STICHWEH, Rudolf. Inclusão/exclusão, diferenciação funcional e teoria da sociedade mundial. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 51-73.

<sup>72</sup> NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 99 e ss.

<sup>73</sup> Ver LUHMANN, Niklas. Inclusão/exclusão. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 15-50.

<sup>74</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007. p. 492.

<sup>75</sup> LUHMANN, Niklas. *Complexidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Trad. Jostxo Beriain e de Jose María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 171-172.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 191.

<sup>77</sup> NEVES, Marcelo. La constitución y la esfera pública: entre diferenciación sistémica, inclusión y reconocimiento. *Doxa, Cadernos de Filosofia del Derecho*, [s.l.], n. 37, p. 180-183, 2014.

regida por meio da renda e propriedade; à formação das famílias a cargo das próprias pessoas e seu desejo de se unirem; à relevância política ao exercício da capacidade política ativa – eleitor – ou passivo do conceito-chave da diferenciação funcional), a inclusão já não é mais regulada de maneira socialmente unitária, já que cada sistema funcional individual regula as suas próprias formas de inclusão. A exclusão, que também é multidimensional, não decorre de uma segregação compacta (tais como de negros, pobres, desempregados); ao contrário, é uma realidade cumulativa nas sociedades globais<sup>78</sup>. Sob essa ótica, inclusão/exclusão se refere ao modo pelo qual os seres humanos – no contexto comunicativo e no acesso aos subsistemas sociais – adquirem significado ou relevância social, predicando, em suma, a forma em que os seres humanos são tratados como pessoas<sup>79-80</sup>. Não é por outra razão que – desde os princípios da Idade Moderna – cobra-se, cada vez mais, uma vital importância à política de inclusão, germe do Estado de Bem-Estar e desenvolvimento dos direitos fundamentais. Ora, a importância da inclusão repousa na resposta que se dá à diferenciação social, entendida como uma resposta racional que busca reduzir a crescente complexidade da sociedade mundial, podendo se revelar insuficiente, fracassando a diferença ou distinção que se pretendia realizar<sup>81</sup>. Sob essa perspectiva, cumpre destacar que – no Brasil – convive-se com uma *complexidade desorganizada* e com sérios problemas *sociais* (por exemplo, a corrupção política e seu *populismo patrimonialista*<sup>82</sup>, o tráfico de drogas, o aumento da criminalidade e os delitos violentos à pessoa, que chega, em alguns casos, à edificação de um verdadeiro à edificação do *Estado paralelo*), verdadeiramente mais complicados do que os enfrentados pelos países de *modernidade central*<sup>83</sup> (imigração, terrorismo, desemprego). Percebe-se uma incapacidade dos sistemas sociais para enfrentar

<sup>78</sup> Conforme STICHWEH, Rudolf. Inclusão/exclusão, diferenciação funcional e a teoria da sociedade mundial. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (Org.). *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 58.

<sup>79</sup> Luhmann, op. cit., 2007, p. 500-501.

<sup>80</sup> Ver GARCÍA BLANCO, José María. La exclusión social em la teoría social de Niklas Luhmann. *Século XXI. Revista de Ciências Sociais*, Santa Maria, v. 2, n. 1, p. 43-71, jan./jun. 2012.

<sup>81</sup> Conforme NEVES, Marcelo. Aumento de complexidade nas condições de insuficiente diferenciação funcional: o paradoxo do desenvolvimento social da América Latina. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 200.

<sup>82</sup> Sobre o tema do populismo político, ver FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana*. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 29 e ss.

<sup>83</sup> Neves, op. cit., p. 201.

e reduzir adequadamente a complexidade, que não é ordenada racionalmente. A pobreza e a miséria – ainda no pensamento luhmanniano – produzem uma grande indiferença em face do código jurídico (legal/ilegal), a qual tem que ser interpretada como indiferença (*ou complexidade não organizada*) e não como uma predileção pela criminalidade<sup>84</sup>.

Nesse sentido, é pertinente o questionamento de Luhmann acerca do que significa para o sistema jurídico (e também para a polícia) e para o sistema político que – no âmbito da exclusão (como organizações vinculadas à forma inclusão/exclusão) – tenha havido a perda de sua vinculação aos princípios do Estado de Direito, passando a vivenciar um agir social em desacordo com a lei? Parece, efetivamente, que a literatura sociológica, a Filosofia do Direito – sobretudo a Ciência Jurídica – devem prestar atenção ao trato da inclusão e a sua *sombra lógica* que é a exclusão. Afinal, nas sociedades modernas, no âmbito da exclusão, há seres humanos que não são considerados pessoas, senão como *corpos*<sup>85</sup>. Logo, sob influxos da exclusão (nesse particular, Luhmann exemplifica a percepção de um observador quando passeia por uma “grande cidade brasileira”, certamente referindo-se ao Rio de Janeiro e suas favelas, notadamente quando vislumbra a arquitetura social e a separação e aglomeração de pessoas), as pessoas não dispõem de competência social para acessar os subsistemas sociais.

A sociabilidade culmina por adquirir outra forma, alterando a própria comunicação, produzindo – no que é mais grave – um *adestramento da percepção* da exclusão, podendo influenciar comportamentos de riscos e violentos, o surgimento de outros valores, bem como certa indiferença no tocante à consideração da vida alheia. Com o bloqueio da comunicação, as coordenações dos sistemas funcionais deixam de ser procedentes, liberando-se forças instintivas primárias<sup>86</sup>.

Em uma palavra, a exclusão – na lição de Luhmann – priva as pessoas de acederem aos sistemas funcionais, negando a elas o reconhecimento elementar, reduzindo-as a um mero *corpo*, ou seja, a uma vida sem significação social, introduzindo, com o bloqueio da comunicação, uma nova sociabilidade e outros valores, tais como a violência, a selvageria: instintos pulsionais. Não se pode negar – entretanto – que, para Luhmann, a sociedade moderna e sua

<sup>84</sup> Ibid., p. 191.

<sup>85</sup> Ibid., p. 193.

<sup>86</sup> Ibid., p. 194-195.

diferenciação funcional inclui – sob o princípio da igualdade – todas as pessoas aos sistemas prestacionais da sociedade, não mais se podendo falar em exclusão (pelo menos nos países centrais, embora, atualmente, vislumbre-se, no cenário global, um *periferização* dos países centrais). Entretanto, admite que os países industrializados e em desenvolvimento possam contar com uma deficiente autonomia dos sistemas funcionais; com a exclusão de determinadas pessoas da rede protetora do Estado de Bem-Estar, podendo essas, a depender da radicalidade da exclusão, serem reduzidas a uma mera existência corporal.

### 3 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

1) A diferenciação funcional, característica marcante da sociedade moderna, exige que os sistemas e os seus aparatos organizativos funcionem, isto é, sejam capazes de organizar a complexidade existente no seu entorno, na média em que somente com a autonomia funcional é que o sistema pode se estruturar para absorver a complexidade<sup>87</sup>. É a autorreferência funcional que permite – em uma hipótese – o sistema do direito se diferenciar do subsistema da política (delimitando a legalidade dos fins e objetivos políticos do Estado), do sistema da economia (e sua relação oferta/escassez), enfim, dos demais sistemas parciais da sociedade, conferindo-lhe condições operacionalizar, pela aplicação da Constituição e pela *instituição dos direitos fundamentais*<sup>88</sup>, o acoplamento estrutural entre a política e o Direito. Dito de outro modo, pelo acoplamento estrutural, o Direito ou programa a política, ou confere fins políticos ao sistema jurídico. Isso se dá pela interpretação e aplicação dos princípios constitucionais e a judicialização da política<sup>89</sup>. Para que o sistema possa cumprir suas funções, não pode ser invadido por outro sistema, fenômeno que ocorre quando ou o sistema jurídico passa a ser *colonizado* pela economia, ou a política é *capturada* pelo mercado, fato que se vislumbra na atualidade pela globalização, que, na lente de Müller<sup>90</sup>, não se limita a uma integração econômica do mundo, senão que se trata de um novo jogo de violência e poder. Cuida-se – segundo ele – de uma

<sup>87</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Annhopos, 1998. p. 37 e ss.

<sup>88</sup> Conforme LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamenatales como institución: aportación a la sociología política*. Ciudad de México: Universidade Iberoamericana, 2010. p. 99 e ss.

<sup>89</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007. p. 615-625.

<sup>90</sup> MÜLLER, Friedrich. A limitação das possibilidades de atuação do Estado-Nação face à crescente globalização e o papel da sociedade civil em possíveis estratégias de resistência. In: BONAVIDES,

aplicação abstrata e brutal dos modelos econômicos e da ideologia dominante dos países centrais, levando à exclusão contingentes gigantescos de pessoas, os quais se tornam supérfluos (ou excluídos), pois tais indivíduos e grupos deixam de ser integrados comunicativamente no modelo representativo da democracia.

Sob esse olhar, se a globalização, ainda na lição de Müller, prejudica as economias desenvolvidas, certamente será fatal para as sociedades em transição na medida em que o capital atropela governos e parlamentos e – principalmente – nas questões vitais de proteção ambiental, avolumando os problemas tradicionais não resolvidos (o aumento da desigualdade, os desastres ecológicos, a violência e o militarismo, o terrorismo)<sup>91</sup>. Isso corresponde ao estado de *corrupção sistêmica*, que priva o sistema de sua autonomia e se relacionada com a produção da exclusão, afinal, são as redes de interesses privados ou setoriais – notadamente econômicas – que decidem sobre políticas de inclusão, com sérios prejuízos aos direitos fundamentais<sup>92</sup>.

2) A diferenciação da sociedade moderna em numerosos subsistemas, que atuam de forma autônoma, especialmente o sistema econômico e seu mercado global, colocam em cheque o Estado-nação, minando sua forma organizacional, uma vez que o que realmente é relevante já não pode mais ser limitado material e territorialmente, especialmente a ecologia e o trabalho global. Desloca-se, efetivamente, rumo à *desmaterialização da produção*, à *desterritorialização no aparelho de controle*, à *desnacionalização da ideia de soberania*, reduzindo – significativamente – as possibilidades de decisões vinculativas do Estado. Em suma, a diferenciação sistêmica ou funcional da sociedade já não é mais uma *construção intelectual* despida de realidade, na precisa observação de Böckenförde<sup>93</sup>; ao contrário, é o retrato da sociedade atual. Portanto, a discussão sobre a efetivação dos direitos fundamentais deve atentar para dita orientação sociológica, que sinaliza que o desenvolvimento da sociedade industrial se caracteriza por uma crescente diferenciação em numerosos sistemas e processos de ação, que conduziram a

---

Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 208-218.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 215.

<sup>92</sup> LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Trad. Jostxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 186.

<sup>93</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000. p. 110 e ss.



um aumento da interdependência entre todos os âmbitos da vida com relação a sistemas e organizações, tornando as decisões políticas mais difíceis, afetando, dessa forma, a capacidade de decisão do Estado e a própria democracia. Com efeito, cada um dos sistemas parciais da sociedade: a economia, a ciência, a comunicação, a saúde, o ensino, procura influenciar – a partir de sua lógica – o sistema político, na busca da satisfação de seus próprios interesses, exigindo do Estado regulações *abarcentes* (e sempre limitadas) para manter o equilíbrio<sup>94</sup>. Nesse quadro de fragilidades do Estado, a instituição dos direitos fundamentais assume uma função *emergencial* de defesa de uma vida digna, condição de afirmação de um Direito Constitucional inclusivo, solidário<sup>95</sup>. Afinal, o *ethos* democrático, além de cobrar vigência dos princípios estruturantes da democracia (liberdade e igualdade democrática), exige respeito aos direitos fundamentais<sup>96</sup>. Portanto, da imprensa e dos meios de comunicação de massas pode-se cobrar o devido acesso à informação como um direito fundamental ou preservação da intimidade, que poderá ser não só exigido do Estado, mas também das empresas privadas<sup>97</sup>; ao sistema econômico devem-se impor limitações ecológicas como direito de gerações futuras (ou dever das atuais) e sociais (direitos laborais); do Estado é legítimo reivindicar direitos prestacionais sociais (como forma de política de redistribuição e reconhecimento, compensando as desigualdades econômicas e sociais), tais como a saúde, previdência, no afã de garantir a dignidade da pessoa humana. Ora, na feliz advertência de Sarlet, não há dignidade respeitada e protegida em qualquer lugar que as pessoas estejam submetidas a uma intensa instabilidade jurídica, social, econômica e política, enfim, despidas de um mínimo de segurança e tranquilidade para tocar adiante seus projetos de vida, não podendo confiar e ter expectativas duradouras nas instituições sociais, que não lhe garantem sequer um mínimo existencial ou uma segurança em termos de direitos sociais<sup>98</sup>. Em suma, os direitos fundamentais

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 110-112.

<sup>95</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 335.

<sup>96</sup> Böckenförde, *op. cit.*, p. 113-121.

<sup>97</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montilla; RUARO, Regina Linden (Org.). *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

<sup>98</sup> Sarlet, *op. cit.*, 2006, p. 299-300.

- via princípio da proporcionalidade<sup>99</sup>, efetivamente - integram a estrutura social da sociedade; nesse particular, são relevantes que decisões minimamente consensuais sejam estabelecidas, porque são elas que dão vida à dimensão social, configurando as condições de vida, da Constituição.

3) Na ordem social moderna, que se apresenta pelo excesso de possibilidade de mundo ou complexa, somente podem usufruir de um sistema de direitos e garantias as pessoas que se encontrem incluídas nos sistemas prestacionais da sociedade, pois liberdade e autonomia também reclamam satisfação das mínimas necessidades materiais para se obter visibilidade social, sob pena da existência do indivíduo se expressar em uma existência meramente *corporal*, despida de significado social ou visibilidade. Logo, somente estão em condições de manter expectativas e relações de confiança com relação ao *outro* e às demais instituições aqueles que conseguiram romper o limiar da linha de pobreza e marginalidade social. Efetivamente, o supercódigo da inclusão/exclusão mediatiza o acesso aos demais sistemas sociais, algo dramático, pois, em sociedades diferenciadas, passa-se a exigir em demasia da personalidade individual. Aqui se avulta a relevância da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, na medida em que possibilitam ir além dos direitos de liberdade, chegando também nas condições materiais para uma existência digna. Também possuem o potencial de estabelecer uma comunicação social dotada de um razoável consenso, impossibilitando, em um exemplo, que o Estado, em nome de emergências (neo)econômicas ou pela *demonização* dos custos dos direitos, se isente de suas funções protetora e prestacional. Enfim, não custa insistir que, na modernidade, ninguém consegue realizar uma plena inclusão sem uma transformação nas suas condições de vida e da própria infraestrutura social. Tampouco é possível equalizar as consequências do progresso técnico-científico sem transformar ou regular as condições dos sistemas parciais. No limite, nem do desenvolvimento da personalidade, nem da ação autônoma dos sistemas sociais, pode-se obter o necessário equilíbrio, prescindindo das medidas facilitadoras do Estado<sup>100</sup>. Assim, por mais que o Estado, sob influxos sistêmicos, tenha que renunciar, em grandes âmbitos, sua atividade organizadora, ele ainda dispõe

<sup>99</sup> Ver PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre aplicação dos direitos fundamentais*. Trad. Thomas da Rosa Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 90 e ss.

<sup>100</sup> GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Trad. Raúl Sanz Burgos e de José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006. p. 189-190.

de uma importante parcela de poder que lhe permite estabelecer, especialmente no sistema privado, *medidas não imperativas*, explorando, via informação e comunicação, as capacidades das organizações públicas, ou transformar dos marcos jurídicos que condicionam as organizações privadas (os novos atores sociais), operacionalizando, quiçá, uma constitucionalização da *lex mercatoria*, via eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Afinal, na lição de Fischer-Lescano, *os reguladores da sensibilidade do direito devem ser ajustados de tal maneira que o direito desenvolva um sensor para a violência que reside na supressão do mínimo existencial socioeconômico, na precarização de demais parcelas da população, na falta de esperança dos indignados*<sup>101</sup>.

4) Em termos de uma conclusão em termos definitivos, pode-se referir com Grimm<sup>102</sup> que o *cansaço dos direitos fundamentais na atualidade*, que caem na suspeita de um individualismo exacerbado, que breca o desenvolvimento, a ponto de se sugerir a sua redução à *medida correta* dos direitos de liberdade (ou liberalismo), esgotando-se na garantia da esfera individual de liberdade contra ações estatais, destaca-se que somente com a proteção dos direitos fundamentais é que se pode desenvolver a liberdade e autonomia em diversas áreas da sociedade, tais como a economia, a ciência, a arte, a imprensa, etc., evitando sua instrumentalização política e, sobretudo, a sua *comercialização*. Ora, bem refere Grimm, a culpa pela inquietante desintegração da sociedade não pode ser procurada nos direitos fundamentais; ao contrário, pois são eles que, a partir das necessidades pessoais e sociais, ainda se constituem em um ponto de referência externo à racionalidade técnica, capaz, dessa forma, submetê-la a um controle crítico e suportável. Logo, “não devem ser colocados dentro de uma dispensa histórica que se possa abrir em datas comemorativas...”. No momento em que se comemora o aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e da Constituição Federal de 1988, é bom que se diga, mais uma vez amparado em Grimm<sup>103</sup>: os direitos fundamentais são irrenunciáveis e indispensáveis não só porque defendem a dignidade da pessoa humana, mas – também – pelos desafios que a humanidade vivenciará.

<sup>101</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas. *Força de direito*. Trad. Maurício Palma et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 119.

<sup>102</sup> GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 86 e ss.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 90-91.

---

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007.
- ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Trad. Sérgio Bath. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro et al. Barcelona: Paidós, 2006.
- \_\_\_\_\_. *O que é globalização: equívocos do globalismo, respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires/Montevidéu: IBDEF, v. 1-2, 2006.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- CITTADINO, Gisele. "Invisibilidade", Estado de direito e política de reconhecimento. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 153-166.
- DAL LAGO, Alessandro. *Personas y no-personas*. In: SILVEIRA GORSKI, Hector C. (Org.). *Identidades comunitarias y democracia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 127-144.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: a formação do patronato político brasileiro*. 6. ed. Porto Alegre: Globo, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana*. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GARCÍA BLANCO, José María. *La exclusión social em la teoría social de Niklas Luhmann. Século XXI*. *Revista de Ciências Sociais*, Santa Maria, v. 2, n. 1, p. 43-71, jan./jun. 2012.
- GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. 3. ed. Trad. Ana Maria Bernardo et al. Lisboa: Dom Quixote, 2000.
- HABERMAS, Jürgen et al. (Org.). *La posmodernidad*. Barcelona: Kairós, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade I*. Trad. Flávio Beno Sibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 18. ed. Trad. Adail Ubirajara Sobral e de Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2008.

HONNETH, Axel. *La sociedad del desprecio*. Trad. Francesc J. Hernández e Benno Herzog. Madrid: Trotta, 2011.

\_\_\_\_\_. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2. ed. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009.

\_\_\_\_\_. *Patologías de la razón: historia y actualidad de la teoría crítica*. Buenos Aires: Katz, 2009.

HONNETH, Axel. *Reificación: un estudio en la teoría del reconocimiento*. Buenos Aires: Karz, 2007.

LAPORTA, Francisco J. Governanza y softlaw: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional. In: RUIZ MIGUEL, A. (Ed.). *Entre Estado y cosmópolis*. Derecho y justicia en un mundo global. Madrid: Trotta, 2014.

LIPOVETSKY, Gilles. Os tempos hipermodernos. Trad. Mauro Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

\_\_\_\_\_. *A inovação destruidora: ensaio sobre a lógica das sociedades modernas*. Trad. Vera Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

LOPES JÚNIOR, Dalmir. O contrato como intertextualidade: o papel do direito privado em face da poli contextualidade. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 147-170.

LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Trad. Jostx Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2005.

\_\_\_\_\_. Inclusão/exclusão. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 15-50.

\_\_\_\_\_. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Nafarrate Torres. México: Herder, 2007.

\_\_\_\_\_. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. Ciudad de México: Universidade Iberoamericana, 2010.

\_\_\_\_\_. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Barcelona: Anthropos, 2005.

\_\_\_\_\_. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana, 1998.

- \_\_\_\_\_. *Sociología política*. Trad. Iván Ortega Rorríguez. Madrid: Trotta, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Teoría política en el estado de bienestar*. Madrid: Alianza, 2007.
- \_\_\_\_\_. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.
- LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 9. ed. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olímpio, 2006.
- MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004.
- NEGRI, Antonio; COCCO, Giuseppe. *Glo(bal): biopoder e luta em uma América Latina globalizada*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2005.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- \_\_\_\_\_. A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (Org.). *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 105-208.
- \_\_\_\_\_. Aumento de complexidade nas condições de insuficiente diferenciação funcional: o paradoxo do desenvolvimento social da América Latina. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 199-208.
- \_\_\_\_\_. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.
- \_\_\_\_\_. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- \_\_\_\_\_. La constitución y la esfera pública: entre diferenciación sistêmica, inclusión y reconocimiento. *Doxa, Cadernos de Filosofía del Derecho*, [s.l.], n. 37, p. 163-192, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- SIMON, Jonathan. *Governar através del delito*. Trad. Victoria de los Ángeles Boschioli. Barcelona: Gedisa, 2011.
- SORJ, Bernardo. *A nova sociedade brasileira*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
- STICHWEH, Rudolf. Inclusão/exclusão, diferenciação funcional e teoria da sociedade mundial. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 51-73.
- TEUBNER, Gunther. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (*corporate codes of conduct*) privados estatais. In: SCHWARTZ, Germano. *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 109-126.

———. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, 2005.

TICHWEH, Rudolf. Inclusão/exclusão, diferenciação funcional e a teoria da sociedade mundial. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (Org.). *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013.

TORRES JUNIOR, Roberto Dutra. O primado da diferenciação funcional e a contingência das estruturas de desigualdade social. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 219-248.

WACQUANT, Loïc. *Los condenados de la ciudad: gueto, periferias y Estado*. Trad. Marcos Mayer. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

Submissão em: 17.05.2019

Avaliado em: 14.06.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 26.06.2019 (Avaliador B)

Aceito em: 13.08.2019

# O IMPACTO ECONÔMICO DA MINORAÇÃO DO VALOR DA CLÁUSULA PENAL DE CONTRATOS EMPRESARIAIS EM RAZÃO DE REVISÃO JUDICIAL

*AN ECONOMICS ANALYSIS ABOUT THE REDUCTION OF THE LIQUIDATED DAMAGES CLAUSE OF BUSINESS CONTRACTS ON LAWSUITS*

**Joseliane Sonagli<sup>1</sup>**

Professora de Direito Empresarial (UNIVALI, Itajaí/SC, Brasil)

**Sara Spigariol<sup>2</sup>**

Advogada (Santa Catarina, Brasil)

**ÁREA(S):** direito privado; direito empresarial.

**RESUMO:** Os agentes econômicos tomam suas decisões a partir dos incentivos criados pelo ambiente externo e as vantagens econômicas advindas. Com efeito, o presente estudo dedica-se a analisar, como problema de pesquisa, se as decisões judiciais que reduzem cláusulas penais dos contratos empresariais ponderam o ambiente econômico de simetria de informações em que

foram celebradas e a possibilidade de se incentivar um comportamento oportunista do devedor. Neste viés, tem como objetivo geral analisar o impacto econômico ocasionado pelas revisões judiciais no que tange à minoração do valor da cláusula penal em contratos empresariais. Como objetivo específico, busca-se analisar de que modo os contratos empresariais oferecem segurança jurídica e quais os princípios aplicáveis à espécie, refletir sobre o contexto das partes contratantes

<sup>1</sup> Advogada. Pós-Graduada em Direito Empresarial e de Negócios pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali/SC. Mestre em Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável na Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR. E-mail: joselianeadvocacia@gmail.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/0915788895529990>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6386-2706>.

<sup>2</sup> Pós-Graduada em Direito da Aduana e do Comércio Exterior Brasileiros pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali/SC. Pós-Graduada em Direito Digital e Compliance pela Damásio Educacional. E-mail: sara.spiga@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9736447717084670>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0497-5895>.



no estabelecimento da cláusula penal e colacionar o entendimento e fundamentos utilizados em decisões judiciais que reduziram a cláusula penal de contratos empresariais. Para o fim que se propõe, adota-se o método dedutivo de pesquisa e, como mote teórico, usa-se a Análise Econômica do Direito como instrumental que busca promover a eficiência do Direito, a partir do estudo das consequências práticas e jurídicas de problemas legais.

**ABSTRACT:** *Economic agents make their decisions based on the incentives created by the external environment and the economic advantages they bring. The present study is devoted to analyzing, as a research problem, whether judicial decisions that reduce penal clauses in business contracts weigh the economic environment of symmetry of information in which they were celebrated and the possibility of encouraging opportunistic behavior of the debtor. In this bias, the general objective is to analyze the economic impact caused by judicial reviews in relation to the reduction of the value of the penal clause in business contracts. As a specific objective, it seeks to analyze how business contracts offer legal certainty; to reflect on the context of the contracting parties in the establishment of the Criminal Clause; and to collate the understanding and foundations used in judicial decisions that reduced the penal clause of business contracts. For the purpose that is proposed, the deductive method of research is adopted and, as theoretical mote, the Economic Analysis of Law is used as an instrument that seeks to promote the efficiency of Law, from the study of the practical and legal consequences of problems cool.*

**PALAVRAS-CHAVE:** análise econômica do direito; contratos empresariais, revisão judicial.

**KEYWORDS:** *economic analysis of law; business contracts; judicial review.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Análise Econômica do Direito como instrumento para eficiência do Direito; 2 Contratos empresariais como instrumento de segurança jurídica; 3 Da revisão judicial da cláusula penal pelo Poder Judiciário e seu impacto econômico; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Economic analysis of law as an instrument for the efficiency of law; 2 Business contracts and the legal certainty; 3 The judicial review of the penal clause and the economic impacts; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

**N**o atual cenário econômico brasileiro, é de suma relevância que as questões contratuais e financeiras sejam analisadas para que se busque uma otimização e segurança de resultados, uma vez que

os impactos econômicos e demais consequências podem ser devastadores para o exercício empresarial.

Desta forma, este trabalho pretende, por meio de pesquisas doutrinárias, examinar os impactos econômicos ocasionados pela revisão judicial das cláusulas penais nos contratos empresariais em especial.

Utiliza-se a Análise Econômica do Direito como ferramenta para o objetivo deste estudo, uma vez que tal técnica de interpretação busca promover a eficiência do Direito, por meio da compreensão de aspectos econômicos que interferem no ato de escolha dos indivíduos, apontando pontos de congruência e de aplicabilidade conjunta dos conhecimentos jurídicos e econômicos.

Assim sendo, foram observados primeiramente os pressupostos da Análise Econômica do Direito em razão de essa matéria evidenciar os impactos econômicos ocasionados na esfera jurídica e prática, porquanto seu movimento filia-se ao consequencialismo, corrente que defende que o Direito deve ser elaborado, aplicado e transformado de acordo com suas consequências práticas.

Por conseguinte, adentrou-se especificamente ao estudo dos contratos empresariais, instrumento jurídico que visa estimular as relações econômicas e formar vínculos entre as partes contratantes, baseando-se na boa-fé e equidade entre seus agentes, os quais visam auferir de lucro.

Nessa trilha, é possível examinar os contratos empresariais no que se refere à presença de equivalência informacional, não apenas por serem contratos nos quais ambas as partes detêm o mesmo objetivo (fim lucrativo), como também pelos empresários possuírem equipe qualificada para a celebração desses contratos.

Partindo-se da premissa de que as partes estão em pé de igualdade, tem-se que o valor da cláusula penal nestes contratos é fixado de forma que os celebrantes entendem ser o compatível àquela determinada circunstância, uma vez que tal cláusula tem a finalidade de evitar o inadimplemento e estimular a harmonia dos contratantes e a segurança jurídica.

Por fim, faz-se uma conexão entre a revisão judicial que minora a cláusula penal nos contratos empresariais e os possíveis impactos à economia brasileira, diante dos comportamentos oportunistas.

## 1 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO INSTRUMENTO PARA EFICIÊNCIA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito é um campo do conhecimento humano que tem por finalidade empregar ferramentas teóricas e empíricas da economia para que seja expandida a compreensão e o alcance do Direito, bem como para aperfeiçoar a aplicação e validação das normas jurídicas, nomeadamente no que toca às suas consequências. Sugere uma releitura do Direito a partir das diretrizes econômicas, a fim de que se tenha uma melhor compreensão do ordenamento jurídico e os efeitos na realidade prática<sup>3</sup>. Trata-se, na definição de Timm<sup>4</sup>, de um instrumental que conduz a uma análise de forma analítica e empírica da economia, fundamentalmente no ambiente microeconômico e no da economia do bem-estar social, a fim de compreender as implicações fáticas e a racionalidade do ordenamento jurídico.

Com efeito, tem-se que a Análise Econômica do Direito é um movimento ligado ao consequencialismo, uma vez que parte do pressuposto de que as regras que regem a vida em sociedade, ou seja, o Direito, devem ser formuladas, aplicadas e modificadas de acordo com suas consequências geradas no mundo fático. Consiste em um método de investigação aplicado a determinado problema, fazendo uso do método econômico (interação entre direito e economia), situação na qual o objeto pode ser qualquer questão que envolva escolhas humanas, desde a celebração ou não de um contrato, até a problemática de litigar ou fazer acordo<sup>5</sup>.

A aplicação desse método pretende, então, não só compreender, mas explicar e prever eventuais implicações fáticas do ordenamento jurídico e da sua racionalidade.

A Análise Econômica do Direito reconhece como válido e útil o ponto de vista epistemológico e pragmático, a diferenciação entre o que é (positivo) –

---

<sup>3</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. *O que é análise econômica do direito* – Uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 17-20.

<sup>4</sup> TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14.

<sup>5</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. *O que é análise econômica do direito* – Uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 19.

ligado a critério de veracidade – e o que deve ser (normativo) – ligado ao critério de valor<sup>6</sup>.

Neste viés, quando se pratica tal método para uma análise positiva (praticando a ciência econômica aplicada ao Direito), o máximo que se pode trazer à esfera da análise é a identificação das possíveis alternativas normativas e a investigação das prováveis consequências (aplicando-se a Análise Econômica do Direito), bem como a comparação da eficiência de cada solução possível, auxiliando em uma análise de custo-benefício. Por sua vez, quanto se realiza uma análise normativa (o que deve ser), esta apenas poderá ocorrer se estiver previamente estipulado o critério normativo com base no qual as referidas alternativas devem ser ponderadas<sup>7</sup>.

Desse modo, observa-se que a Análise Econômica do Direito positiva tem sua abordagem baseada na descrição e explicação dos resultados previsíveis, auxiliando a compreensão do que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra. Já a Análise Econômica do Direito normativa auxilia na alteração das escolhas possíveis para que seja optada pela mais eficiente.

No que toca ao método econômico utilizado pela Análise Econômica do Direito, calha ressaltar suas premissas para que seja melhor compreendida.

Primeiramente, parte-se do pressuposto de que há escassez dos recursos da sociedade. Logo, se os recursos não fossem escassos, não haveria problema econômico, porquanto todos poderiam suprir suas necessidades.

Da mesma fundamentação tem-se a motivação do Direito, qual seja, se os recursos não fossem escassos, não haveria conflito e, sem conflitos, não haveria necessidade do Direito.

Assim, tendo em vista que toda escolha está ligada a um custo (*trade off*), que é a alocação fática mais interessante para o recurso, mas que fora substituído, há o chamado de custo de oportunidade, que nada mais é que a utilidade que cada um exerceria com determinada atividade, podendo, por exemplo, ser o preço explícito ou implícito que se paga pelo bem.

---

<sup>6</sup> TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 15.

<sup>7</sup> TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 17.

Os agentes econômicos, no ato das escolhas, ponderam os custos e benefícios de cada alternativa e optam por aquela que traz um maior bem-estar, razão pela qual se diz que a conduta é racional maximizadora<sup>8</sup>.

Pode-se então afirmar que o Direito é construído por meio do fato de que as pessoas respondem a incentivos dada a ponderação realizada pelos agentes econômicos.

No que concerne à ação desses agentes, esta será tomada a partir de um contexto hierárquico e de mercado, no qual as suas condutas são o resultado da livre interação para realizar trocas, as quais ocorrem por meio de barganhas.

Nesse sentido, surge o conceito de *ser econômico*, assim considerado o indivíduo que age racionalmente, em busca da maximização da utilidade, e toma decisões que implicam uma alocação de recursos dentro dessa sua perspectiva<sup>9</sup>.

Uma vez que a interação social se dá no âmbito do mercado, o comportamento racional maximizador dos agentes os leva a realizar trocas até o momento em que os custos associados a cada troca se igualem aos benefícios auferidos. Tem-se aí o ponto de equilíbrio: o resultado provável de uma alteração na estrutura de incentivos.

Quando modificada a regra em um contexto no qual a barganha se faz possível (mercado), os agentes passam a realizar trocas enquanto lhes for benéfico, ou seja, até que se alcance o equilíbrio. Neste ponto em que as possibilidades de trocas benéficas se esgotaram, tem-se a chamada eficiência (Pareto-eficiente), que seria a inexistência de outras alocações de recursos que beneficiariam a situação de alguém sem que piore a de outrem<sup>10</sup>.

Destarte, como as pessoas respondem a incentivos, as regras da sociedade devem levar em consideração a estrutura de incentivos dos agentes, bem como a possibilidade de mudança comportamental caso essas regras sejam alteradas.

Ademais, deve-se também levar em consideração a possibilidade das mudanças de conduta gerarem também efeitos não previstos e tampouco

---

<sup>8</sup> TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 20.

<sup>9</sup> FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise econômica do Direito e possibilidades aplicativas no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, v. 1, n. 9, p. 27-60, jan./mar. 2005, p. 32.

<sup>10</sup> TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 21.

desejáveis, havendo razão, portanto, quanto à imposição de cláusulas penais para que as partes sintam-se seguras e resguardadas quanto a situações que venham a eventualmente ocorrer que possam trazer-lhes prejuízos.

## 2 CONTRATOS EMPRESARIAIS COMO INSTRUMENTO DE SEGURANÇA JURÍDICA

Caracterizam-se como contratos empresariais aqueles firmados entre empresários ou sociedades empresárias para a concretização da atividade profissional ou objeto social, que, como todo contrato, expressam um acordo de vontades na assunção de obrigações recíprocas.

Para a Análise Econômica do Direito, o contrato, na sua acepção econômica, manifesta-se em três processos distintos: a oferta e a contrapartida da oferta, a aceitação da oferta e da contrapartida e a liquidação da promessa<sup>11</sup>.

O atributo específico que qualifica os contratos como empresariais é a sua onerosidade, que se manifesta pela finalidade lucrativa das partes nessa relação. Com efeito, as peculiaridades dos contratos empresariais decorrem das características das negociações jurídicas que serão implementadas, aliadas com o reconhecimento da função estabelecida<sup>12</sup>.

Novas características foram trazidas aos contratos empresariais com o advento do Código Civil de 2002, com destaque para a informalidade, provinda da necessidade de dar maior celeridade aos negócios empresariais, que – para tanto – atribui maior relevo à aparência e à boa-fé dos contratantes<sup>13</sup>. Como efeito à ênfase atribuída ao caráter dinâmico da propriedade no direito comercial, impôs-se a tais espécies de contratos um tratamento diferenciado.

Nessa órbita, pode-se afirmar que os contratos empresariais são direcionados para as atividades privativas e indispensáveis da própria organização, divergindo dos contratos tradicionais, que estabelecem, via de regra, direitos e deveres entre as partes. Consequentemente, com relação às suas funções, os contratos empresariais exercem relevante papel instrumental para

---

<sup>11</sup> GONÇALVES, Carlos Eduardo S.; GUIMARÃES, Bernardo. *Economia sem truques*. O mundo a partir das escolhas de cada um. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 112.

<sup>12</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 30.

<sup>13</sup> BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 15.

a circulação de riquezas, elemento essencial à prática empresarial. Inegável, portanto, que a atividade empresarial necessita de apoio da sistemática jurídica aplicável aos contratos, para que seja validada e assegurada<sup>14</sup>.

Depreende-se, nesta linha, que a função dos contratos empresariais está intimamente ligada aos negócios disciplinados, de forma a acertar o interesse das partes, negociados dentro dos limites legais e do mercado, para que a atividade empresarial venha a se desenvolver de forma eficaz. Interesse esse que, por ser disponível, permite a opção de mediação para os conflitos para que ocorra celeridade nas suas soluções.

Observa-se que os contratos empresariais, em sua acepção mais ampla, materializam promessas escrito e formal, sem deixar, contudo, de valorizar as promessas não escritas e informais<sup>15</sup>. Vislumbram a obtenção máxima de proveito de determinada situação, pressupondo autonomia e cooperação entre as partes para que haja não só segurança, como também redução de riscos futuros.

O risco, porém, é elemento intrínseco a qualquer negócio empresarial e, de acordo com a Análise Econômica do Direito, revela-se pela possibilidade de prejuízo econômico que a parte pode vir a sofrer, considerado um cenário de igualdade de condições e em cumprimento de regras determinadas.

Nesta senda, Gonçalves e Guimarães<sup>16</sup> defendem que é inerente aos contratos empresariais a situação de risco, em razão de que todos os agentes econômicos no mercado exercem suas atividades econômicas na busca de obtenção de lucros, e essa busca, por si, traz consigo a oportunidade de ganhar e o risco de perder.

Pode-se dizer, portanto, que o contrato visa amparar as partes, reduzindo o ônus imposto pelo risco à atividade empresarial, contribuindo para a segurança jurídica e para que se alcance uma situação mais eficiente, a qual depende tanto da possibilidade de a promessa ser cobrada quanto cumprida.

---

<sup>14</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 30, 33-34.

<sup>15</sup> GONÇALVES, Carlos Eduardo S.; GUIMARÃES, Bernardo. *Economia sem truques*. O mundo a partir das escolhas de cada um. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 110.

<sup>16</sup> GONÇALVES, Carlos Eduardo S.; GUIMARÃES, Bernardo. *Economia sem truques*. O mundo a partir das escolhas de cada um. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 124.

## 2.1 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Os contratos empresariais baseiam-se, sobretudo, no princípio da autonomia da vontade, uma vez que tais instrumentos pressupõem a total liberdade de contratar, bem como o respeito pela livre manifestação de vontade das partes contratantes.

Deste modo, vislumbra-se, nos contratos empresariais, o princípio da liberdade de contratar e a ideologia do contratualismo, pretendendo favorecer a circulação de bens objetos de propriedade na esfera negocial.

Partindo-se do preceito de que os contratos são celebrados entre empresas, ou seja, “entre agentes econômicos que não de ser presumidos diligentes e probos e que têm toda a sua existência plasmada pelo escopo do lucro”<sup>17</sup>, presume-se a existência da função implícita dos contratos, que os faz servir ao mercado, protegendo com mais apreço determinados interesses e a boa-fé das partes contratantes.

Logo, nos contratos empresariais considera-se que – diferentemente dos contratos firmados em relações consumeristas e trabalhistas – os sujeitos estão em condições de discussão e de conciliação de interesses de forma bastante equilibrada e que, por estarem em posições equivalentes, são capazes de exercer com liberdade a sua autonomia privada.

Ou seja, os contratos formalizados na esfera empresarial têm algumas singularidades no que concerne ao equilíbrio entre os contratantes, uma vez que ambas as partes possuem conhecimento e experiência em questões de cunho econômico e negocial, sendo capazes, portanto, de avaliar o negócio jurídico pretendido e, deste modo, são capazes de perceber vantagens, desvantagens e riscos referentes ao negócio jurídico a ser firmado. Além do mais, as partes são, via de regra, assessoradas por profissionais conhecedores de operações afins ao negócio jurídico pretendido.

Nesse contexto de simetria informacional e objetivo de lucro das partes contratantes, não se verifica qualquer relação de hipossuficiência ou desequilíbrio no que tange às questões contratuais.

---

<sup>17</sup> FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro*. Da mercancia ao mercado. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 176.



O princípio da autonomia da vontade vem então a demonstrar a existência de cooperação entre as partes, tendo em vista que os contratos empresariais utilizam-se da cooperação como “um conjunto de transformações que têm por objetivo produzir um acordo, um resultado que seja satisfatório para ambos”<sup>18</sup>.

Isso posto, diante de todo um estudo impulsionado pelo princípio da autonomia da vontade, pode-se observar que a possibilidade de cumprimento estimula a troca e a cooperação. E, para resguardar o cumprimento do contrato, as partes pactuam a cláusula penal, cuja importância passa a ser analisada na sequência.

## 2.2 A CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Conforme estabelece o art. 409 do Código Civil de 2002, a cláusula penal, em regra, é estipulada no momento da formação da obrigação contratual, e pode abranger tanto a inexecução completa ou parcial da obrigação como alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.

Nomeadamente nos contratos empresariais inexistem limites legais para os valores quando da sua fixação. Nesse sentido, Tartuce<sup>19</sup> afirma, inclusive, que a cláusula penal, pactuada pelas partes na previsão de alguma violação da obrigação, mantém uma relação direta com o princípio da autonomia privada, de forma que poderia ser também intitulada de “*multa contratual* ou *pena convencional*”.

Portanto, tendo em vista a natureza obrigacional dos contratos empresariais, faz-se necessária a inclusão de cláusula penal para que sejam resguardados direitos à parte cumpridora do contrato. Assim sendo, a cláusula penal não apenas objetiva resguardar o cumprimento da obrigação, como também estimular a harmonia da relação das partes contratantes, uma vez que a natureza do contrato é a promessa de cumprimento recíproco.

Essa cláusula, na esfera empresarial, é pactuada livremente entre as partes da relação contratual no gozo de sua autonomia de vontade. Diante disso, as partes pactuam o valor da pena em montante compatível com a realidade econômica de ambos.

---

<sup>18</sup> GONÇALVES, Carlos Eduardo S.; GUIMARÃES, Bernardo. *Economia sem truques*. O mundo a partir das escolhas de cada um. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 127-128.

<sup>19</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direitos das obrigações e responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, v. 2, 2014. p. 246.

Ou seja, constitui uma obrigação acessória firmada no fim de garantir o cumprimento da obrigação principal, fixando, antecipadamente, o valor das perdas e danos em caso de descumprimento<sup>20</sup>.

Para a Análise Econômica do Direito, não havendo contrapartida pelo cumprimento da promessa, e tampouco sanção por seu descumprimento, não haveria o que se falar em instrumento contratual, tendo em vista a existência dos três processos para a aceção econômica do contrato (oferta e contrapartida da oferta, aceitação da oferta e da contrapartida e liquidação da promessa).

Nesse cenário, no qual a sanção por descumprimento é de extrema importância para a execução do contrato, traz-se à tona a noção de equilíbrio contratual, que tem por fim refletir a preservação do preço no tempo em que foi firmado, bem como retrata o compromisso firmado entre os contratantes para que não haja vantagens indevidas a nenhuma das partes.

Pode-se então afirmar que os contratos, em especial os celebrados na esfera empresarial, devem garantir o equilíbrio das situações dos contratantes, razão que confere essencialidade à elaboração da cláusula penal. Em razão de o contrato ser fruto da cooperação e do compromisso entre as partes, a previsão de pagamento pelo seu não cumprimento tem o objetivo criar um mecanismo econômico de incentivo ao seu correto cumprimento. Portanto, espera-se que quanto maior for esse mecanismo, ou seja, maior o montante fixado, maior seja o esforço das partes em cumprir o acertado<sup>21</sup>.

A cláusula penal representa uma forma de notório incentivo às partes, uma vez que vem a maximizar a satisfação da relação estabelecida e os benefícios dela oriundos, levando em consideração a segurança e os interesses de todos os envolvidos.

Dessa forma, a cláusula penal, em razão da sua preponderante função coercitiva de reforçar e garantir o cumprimento contratual, deve não apenas restabelecer o equilíbrio das partes, como também ter montante fixado em

---

<sup>20</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direitos das obrigações e responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, v. 2, 2014. p. 246.

<sup>21</sup> GONÇALVES, Carlos Eduardo S.; GUIMARÃES, Bernardo. *Economia sem truques*. O mundo a partir das escolhas de cada um. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 130-131.

patamar suficiente para que potencial parte devedora se sinta coagida e, portanto, entenda por bem em cumprir a avença<sup>22</sup>.

Aliado a isso, verifica-se também a inserção desse contexto no regime capitalista, qual seja, o da busca do maior lucro possível. Partindo do pressuposto de que o agente econômico é um ser racional, pode-se concluir que só se torna crível a promessa de cumprimento se esta vier acompanhada de penalidades; caso contrário, o descumprimento passará a ser uma alternativa a ser sopesada.

Considerando a existência de inúmeras decisões judiciais que modificam a cláusula penal pactuada, a presente pesquisa ocupou-se em analisar os possíveis efeitos dessa revisão, à luz das premissas da Análise Econômica do Direito, que se apresenta na sequência.

### **3 DA REVISÃO JUDICIAL DA CLÁUSULA PENAL PELO PODER JUDICIÁRIO E SEU IMPACTO ECONÔMICO**

Nos contratos empresariais, pressupõe-se que as partes estão em condições igualitárias de discussão e de acerto de conveniência e interesses, bem como que estão exercendo seus atos de forma livre, ou seja, parte-se da ideia de que há equilíbrio entre as partes contratantes. Por vezes, porém, essa igualdade pode ser só aparente, ensejando situações de desequilíbrio que justificam a revisão e modificação das condições do contrato, e podem dar causa, inclusive, à sua dissolução.

Trata-se, em tais casos, de aplicação da teoria da imprevisibilidade ou na desproporção no valor da prestação (onerosidade excessiva), podendo também invocar como fundamento algum vício de consentimento, bem como os postulados do Código de Defesa do Consumidor.

Na presente pesquisa, porém, faz-se análise da revisão judicial que acontece em outro plano: as revisões contratuais nas hipóteses de inadimplência em que o inadimplente busca a redução da cláusula penal previamente pactuada.

É possível pressupor a ocorrência de um comportamento oportunista da parte autora diante de sua pretensão em descumprir o contrato, cujo êxito na demanda pode incentivar a parte a efetivamente burlar o contrato ao invés de cumpri-lo.

---

<sup>22</sup> SALLES, Pedro Amaral. *A função coercitiva da cláusula penal e uma crítica ao art. 412 do Código Civil de 2002*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 45.

Ou seja, quando o intuito dessa parte ativa é apenas a redução da referida cláusula de forma que lhe seja mais benéfico o descumprimento do que a efetivação do compromisso assumido. E, com isso, a cláusula penal passa a se tratar não mais de um benefício ao credor, mas sim ao devedor, uma vez que a redução por decisão judicial representará um “prêmio” ao contratante faltoso<sup>23</sup>.

Em que pese o tema da revisão judicial deva ser encarado de forma delicada e parcimoniosa, não são poucas as decisões judiciais que limitam e revisam o patamar ajustado a título de cláusula penal em contratos empresariais, sob fundamento da exorbitância. Ignora-se, todavia, que tais instrumentos foram fixados no bojo da autonomia da vontade das partes, as quais levaram em consideração eventual perda a ser sofrida pelo prometido e toda o cenário econômico vivenciado pelos contratantes<sup>24</sup>.

A cláusula penal é fixada quando da celebração do contrato em valor que seja suficientemente alto justamente para que haja um desencorajamento a inadimplência. Partindo da análise da eficiência e do poder normativo, tem-se que quanto maior o benefício obtido pelo cumprimento da avença entre as partes, menor será o estímulo ao descumprimento. De outro norte, quanto menor for o ônus gerado pela inadimplência, maior será a probabilidade de violação do pacto<sup>25</sup>.

Ou seja, a responsabilidade pelo descumprimento contratual, estabelecida pela cláusula penal, tende a incentivar o bom desempenho do contrato, de maneira que ela deve ser fixada em valor tão mais elevado quanto maior for o ganho da eficiência do contrato<sup>26</sup>.

Assim, se o custo do promitente em cumprir o contrato for maior que o valor da cláusula penal estabelecida, então, em uma situação de oportunismo, possivelmente o contratante optará por inadimplir o instrumento contratual.

---

<sup>23</sup> CRETELLA NETO, José. Da cláusula penal nos contratos empresariais. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, v. 245, p. 397-404, jul. 2015, p. 396.

<sup>24</sup> SIRENA, Hugo Cremones. A alteração contratual pela quebra da equivalência subjetiva do elemento objetivo – Uma reformulação das teorias revisionais do contrato. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, a. 2, n. 4, p. 49-75, set./dez. 2013, p. 50-51.

<sup>25</sup> GONÇALVES, Carlos Eduardo S.; GUIMARÃES, Bernardo. *Economia sem truques*. O mundo a partir das escolhas de cada um. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 133-134.

<sup>26</sup> GONÇALVES, Carlos Eduardo S.; GUIMARÃES, Bernardo. *Economia sem truques*. O mundo a partir das escolhas de cada um. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 134.

É notória a importância de zelar-se pelo integral cumprimento do contrato, preservando as condições pessoalmente ajustadas pelas partes. As relações econômicas clamam por segurança da sua celebração a ser garantida pela certeza da execução das cláusulas previamente ajustadas. Para tanto, deve-se afastar os comportamentos oportunistas daqueles que rompem o contrato.

O célebre princípio do *pacta sunt servanda* mantém-se, assim, como um dos pilares da economia de mercado justamente para garantir que a palavra seja digna de fé, havendo meios de cobrar daquele que se comprometeu.

Dessa maneira, tem-se que se a cláusula penal for revisada de forma que seu valor seja minorado a tal ponto que seja menos custosa a inadimplência da obrigação do que o cumprimento do contrato, o promitente descumprirá e o contrato será resolvido, pois aquele que suporta um ônus maior na hipótese de descumprimento do contrato tem um incentivo natural maior para o seu inadimplemento, valendo o oposto para a que suporta ônus menor<sup>27</sup>.

O atual problema enfrentado, portanto, é que, no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, muitas das decisões judiciais em ações revisionais entendem, inclusive de ofício, pela redução do valor da cláusula penal em razão de vislumbrá-la exorbitante, sem apreciar as consequências daquela minoração e o porquê daquela cláusula ter sido pactuada naquele valor considerável.

A revisão judicial nessas circunstâncias, porém, vai de encontro com o viés contratualista, pelo qual se tem que só haverá eficiência em uma economia quando for possível assegurar que as promessas serão cumpridas, e, para tanto, as cláusulas penais não poderiam ser revisadas a tal ponto que se estimule a inadimplência.

É papel do Poder Judiciário promover a segurança jurídica, sendo importante que as decisões judiciais sejam direcionadas pela perspectiva de garantir o cumprimento das promessas originais e rejeitar os pedidos de redução da cláusula penal, que acabam por incentivar o inadimplemento<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> GONÇALVES, Carlos Eduardo S.; GUIMARÃES, Bernardo. *Economia sem truques*. O mundo a partir das escolhas de cada um. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 134.

<sup>28</sup> GONÇALVES, Carlos Eduardo S.; GUIMARÃES, Bernardo. *Economia sem truques*. O mundo a partir das escolhas de cada um. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 1128.

Neste sentido, Ustárroz<sup>29</sup> destaca algumas diretrizes importantes, “a começar pelo reconhecimento da função desempenhada pela cláusula penal discutida, pela natureza do negócio, pelo interesse do credor e do próprio comportamento do devedor”: i) a valorização do interesse do credor; ii) o efetivo poder negociatório das partes; iii) as vantagens que o não cumprimento pode trazer ao devedor; iv) a consideração da totalidade do contrato e da relação por ela instaurada; v) a análise do contexto negocial, com a valorização dos usos e costumes do mercado específico no qual é celebrado o contrato.

Dessa forma, os Tribunais entendem muitas vezes por reduzirem a cláusula penal de ofício, sem que seja necessário qualquer pedido de uma das partes. Como exemplo, passa-se à análise de algumas decisões judiciais proferidas pelos Tribunais da Região Sul e Sudeste.

Na Apelação Cível nº 70038402194<sup>30</sup>, da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a CNH Latin América Ltda. apelou da sentença que a condenou ao pagamento de multa contratual no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), por ter dado causa ao descumprimento do ajuste firmado em termo de distrato. Em pese tenha rejeitado o recurso, reconhecendo a culpa da apelante, o Tribunal, de ofício, entendeu pela aplicação do art. 413 do Código Civil, ante o cumprimento parcial das obrigações, de determinou a redução da cláusula penal para R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Ou seja, uma redução de 90% do valor pactuado no contrato, com expressivo impacto econômico para ambas as partes.

O mesmo desfecho foi dado no julgamento da Apelação Cível nº 2012.020981-8<sup>31</sup>, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em que Chocolate Indústria de Alimentos Ltda. pretendia a condenação da Parmalat

<sup>29</sup> USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos contratos: temas atuais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 125-126.

<sup>30</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Civil nº 70038402194. Diário da Justiça. Porto Alegre, 2010. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70038402194%26num\\_processo%3D70038402194%26codEmenta%3D3746414++++&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70038402194&comarca=Porto%20Alegre&dtJulg=15/09/2010&relator=Iris%20Helena%20Medeiros%20Nogueira&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70038402194%26num_processo%3D70038402194%26codEmenta%3D3746414++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70038402194&comarca=Porto%20Alegre&dtJulg=15/09/2010&relator=Iris%20Helena%20Medeiros%20Nogueira&aba=juris)>. Acesso em: 1º jul. 2017.

<sup>31</sup> SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Civil nº 2012.020981-8. Diário da Justiça. Jaraguá do Sul, 2016. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html>>.

Brasil S/A, no ressarcimento dos valores pagos em ações trabalhistas de responsabilidade desta em razão de cláusula prevista no instrumento contratual de alienação do estabelecimento, que acabaram sendo quitados pela autora, para o desenvolvimento das atividades empresariais, uma vez que o inadimplemento da alienante nas ações trabalhistas impactava o negócio adquirido. Pugnou, com efeito, o pagamento de multa pelo inadimplemento contratual.

O Tribunal condenou a Parmalat Brasil S/A ao ressarcimento dos valores, mas reduziu a cláusula penal sob fundamento da “moderação, proporção e razoabilidade”<sup>32</sup>, em que pese o contrato tenha sido celebrado entre duas grandes empresas nacionais.

Na mesma linha, foi o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0287.14.000761-1/001<sup>33</sup>.

Nesse caso, a autora Grupo Auto Sueco AS Brasil Participações Ltda. ajuizou ação de reparação por danos materiais e morais decorrente de contrato de parceria comercial em face de Diverservice Gestão e Administração de Serviços Automotivos Ltda. e Guaupé Auto Vidro Ltda., cuja sentença condenou as rés ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de multa contratual e a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) a título de danos morais. O Tribunal, porém, reduziu a cláusula penal, sob fundamento da vedação do enriquecimento ilícito da parte adversa.

A partir de tais casos, observa-se a tendência dos julgadores em reduzir o valor da cláusula penal pactuada sob a perspectiva do montante que será suportado pela parte inadimplente, sem ponderar, entretanto, a função socioeconômica e a segurança jurídica que este pacto tinha ao ser devidamente negociado entre as partes contratantes.

---

do?q=&only\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANqrTAAE&categoria=acordao>. Acesso em: 1º jul. 2017.

<sup>32</sup> SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Civil nº 2012.020981-8. Diário da Justiça. Jaraguá do Sul, 2016. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANqrTAAE&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANqrTAAE&categoria=acordao)>. Acesso em: 1º jul. 2017.

<sup>33</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Civil nº 1.0287.14.000761-1/001. Diário da Justiça. Guaxupé, 2015. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0287.14.000761-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

A perpetuação de decisões neste sentido pode gerar um incentivo à quebra do contrato, fazendo o devedor crer que eventual inadimplência não terá como ônus o pagamento no valor integral da cláusula penal fixada, sendo mais vantajoso, de fato, descumprir alguma regra do contrato.

Portanto, faz-se salutar uma mudança de consciência dos Magistrados quanto às consequências do plano micro e macroeconômico de tais decisões, por ameaçarem a credibilidade do contrato como instrumento econômico que resguarda a relação de confiança existente entre as partes.

Assim, a atuação do Poder Judiciário mostra-se de extrema importância na construção de uma jurisprudência que ampare a segurança almejada com a formalização dos contratos.

Nesse sentido, conforme defende Silva<sup>34</sup>, o Magistrado, no exercício responsável de suas atribuições, deve sempre se amparar no princípio da proporcionalidade, da legalidade e da razoabilidade, bem como observar a existência de motivação suficiente e qualificada, a fim de fundamentar e determinar seu entendimento de forma que autorize a preponderância de certos enunciados sobre outros no litígio em análise.

Ademais, para a fixação de padrões e para a solidificação de entendimentos sobre a aplicação das normas, com a conseqüente manutenção de um ambiente de segurança jurídica, demanda-se a construção de uma jurisprudência sólida e responsável, o que poderá ser alcançada a partir de um melhor investimento na formação dos Magistrados e no aparelhamento do Poder Judiciário<sup>35</sup>.

Os contratos empresariais, neste viés, são firmados com a perspectiva de cumprimento e sua efetiva realização confere segurança jurídica a ambas as partes das relações econômicas, bem como gera credibilidade perante terceiros<sup>36</sup>.

Com efeito, urge necessário compreender e sopesar os impactos econômicos das decisões judiciais que reformam as cláusulas penais, pois, muito

---

<sup>34</sup> SILVA, Luciano Felix do Amaral e. Princípios norteadores da intervenção judicial no contrato normas abertas *versus* segurança jurídica. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, a. 10, n. 37, jan./mar. 2009, p. 145.

<sup>35</sup> SILVA, Luciano Felix do Amaral e. Princípios norteadores da intervenção judicial no contrato normas abertas *versus* segurança jurídica. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, a. 10, n. 37, jan./mar. 2009, p. 146.

<sup>36</sup> CRETILLA NETO, José. Da cláusula penal nos contratos empresariais. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, v. 245, jul. 2015, p. 395.



embora em determinados casos a cláusula penal possa parecer excessiva, o seu alcance deve ser compreendido na relação contratual por inteiro, ponderando o contexto econômico das partes no momento em que fora pactuada, para que o contrato continue cumprindo sua relevante função de criar um cenário de confiança na órbita das relações empresariais, e, em consequência, servindo de estímulo ao desenvolvimento nacional<sup>37</sup>.

## CONCLUSÃO

A atual sociedade, diante da globalização, tem se caracterizado pela expansão do capitalismo. Nesse cenário, as empresas, cada vez mais, visam aumentar seus lucros e expandir seu mercado em um ambiente que seja regulado e sadio. Para esse fim, é indispensável que celebrem acordos de produção de mercadoria e serviços de todas as espécies, materializados por meio dos contratos empresariais.

A manifestação de vontade constitui elemento indispensável à perfectibilização de tais contratos, cujas negociações prévias ocorrem entre sujeitos conhecedores da dinâmica da economia.

Assim, os contratos empresariais são norteados por aspectos econômicos e jurídicos, porquanto, ao instrumentalizarem todos os negócios que envolvam a circulação de produtos e serviços, criam e fazem circular riquezas na busca de resultados eficientes e lucrativos, de maneira que frequentemente as partes precisam ponderar os custos e alocar os riscos diante de um cenário de incertezas.

Nessa conjuntura, a função social do contrato deve ser observada alinhadamente com a segurança jurídica e confiança estabelecida nas relações empresariais. Para tanto é que se pactua um valor econômico a título de cláusula penal, que tem como primeiro plano incentivar o potencial devedor a cumprir bem e fielmente as obrigações contratuais assumidas.

Em que pese não se possa afastar a possibilidade de revisão judicial do valor da cláusula penal fixada, deve haver um controle nesta revisão, ponderando as circunstâncias do caso concreto, pautando-se na vontade das partes que deve permanecer soberana, em homenagem ao princípio do *pacta sunt servanda*. Isso porque se presume que as partes – ambas empresárias e em

---

<sup>37</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 23, p. 384, jan. 2004.

simetria de informações – pactuaram a cláusula penal para segurança recíproca, assumindo o ônus em eventual inadimplemento.

Entretanto, não se tem vislumbrado tal ponderação nos fundamentos de decisões judiciais nas ações revisionais. Os julgados colacionados no presente artigo refletem o entendimento reiterado dos Tribunais, que manifestam a tendência de decidirem a favor da redução do valor da cláusula penal, inclusive de ofício, considerando unicamente a onerosidade que a parte infratora estaria sujeita, diante da execução integral da cláusula penal.

Deixa-se de refletir sobre a possibilidade do autor inadimplente ter agido de forma oportunística e ingressado com a demanda com o objetivo de descumprir o pacto celebrado, de forma que, com a diminuição do montante atribuído à cláusula penal, sua obrigação, conseqüentemente, também diminuirá. Logo, a decisão pode representar uma inversão dos polos, e a onerosidade pelo inadimplemento passa a ser suportada por aquele que almejada o cumprimento integral do *pacta sunt servanda*, com o cumprimento integral da pena.

Ao deixar de ponderar o impacto econômico da redução e possibilidade de conduzir a um comportamento oportunista da parte inadimplente, as decisões judiciais tendem a criar um cenário de instabilidade nas relações empresariais e no cumprimento da palavra pactuada, diante da perspectiva de revisão e redução expressiva do patamar ajustado a título de cláusula penal.

Ademais, considerando que os contratos empresariais visam reduzir, alocar e distribuir o risco já examinado pelas partes, a excessiva intervenção judicial sobre o *pacta sunt servanda* impacta não apenas na relação harmônica dos contratantes, como também atinge a esfera econômica em seu sentido mais amplo, afetando toda a atuação do mercado e o desenvolvimento econômico nacional.

Calha frisar que este estudo não tem por fim esgotar o assunto e defender o rigorismo do entendimento, sendo certo que há casos de onerosidade excessiva superveniente e outros vícios de consentimento que exigem uma intervenção judicial justamente para garantir o respeito às regras e a lealdade das partes. Todavia, a redução judicial do valor da cláusula penal livremente pactuada, sem ponderar o impacto econômico dessa redução, pode conduzir a um ônus socioeconômico muito maior do que aquele que deveria, contratualmente, ser suportado pela parte inadimplente. Isso porque, além de favorecer o surgimento de um ambiente de incerteza judicial, o qual se dá diante da criação de uma

consciência coletiva a respeito da inexecução da cláusula penal coercitiva, também pode incentivar comportamentos oportunistas do devedor, que optará pelo inadimplemento, caso essa opção seja menos custosa que o cumprimento dos termos da avença.

A intervenção judicial no contrato empresarial, portanto, tem reflexos tanto no sistema econômico nacional quanto no sistema macroeconômico, uma vez que a alteração judicial dos termos contratuais ajustados livremente entre as partes coloca em dúvida a segurança jurídica do ordenamento pátrio, o que pode influenciar investidores estrangeiros a se afastarem de País.

Diante dessas perspectivas, sugere-se que o Poder Judiciário sopesse o aspecto econômico da redução da cláusula penal para além da pequena relação autor *versus* réu, ponderando as circunstâncias em que fora pactuada e a possibilidade de comportamento oportunista de um dos agentes, à luz das premissas da Análise Econômica do Direito. Clama-se para que os julgadores dediquem-se a analisar, em seus fundamentos, o compromisso assumido pela parte inadimplente, em cuja palavra a outra parte lhe depositou uma confiança e, com isto, criou um vínculo negocial, baseado na moralidade, na boa-fé e nos deveres recíprocos de lealdade e cumprimento do dever assumido.

Almeja-se, com estas reflexões, contribuir para que a função econômica do contrato seja preservada, como instrumento de estímulo à atividade econômica, apto a oferecer segurança jurídica e a preservar as condições pactuadas, incentivando o adimplemento e evitando comportamentos oportunistas da parte que almeja romper com a acordo celebrado.

## REFERÊNCIAS

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CRETELLA NETO, José. Da cláusula penal nos contratos empresariais. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, v. 245, p. 397-404, jul. 2015.

FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise econômica do Direito e possibilidades aplicativas no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, v. 1, n. 9, p. 27-60, jan./mar. 2005.

FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro*. Da mercancia ao mercado. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GONÇALVES, Carlos Eduardo S.; GUIMARÃES, Bernardo. *Economia sem truques*. O mundo a partir das escolhas de cada um. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do Direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 8. ed. São Paulo: Atlas, v. 1, 2015.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Civil nº 1.0287.14.000761-1/001. Diário da Justiça. Guaxupé, 2015. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0287.14.000761-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo: v. 23, p. 363-390, jan. 2004.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. *O que é análise econômica do direito – Uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Civil nº 70038402194. Diário da Justiça. Porto Alegre, 2010. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70038402194%26num\\_processo%3D70038402194%26codEmenta%3D3746414++++&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70038402194&comarca=Porto%20Alegre&dtJulg=15/09/2010&relator=Iris%20Helena%20Medeiros%20Nogueira&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70038402194%26num_processo%3D70038402194%26codEmenta%3D3746414++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70038402194&comarca=Porto%20Alegre&dtJulg=15/09/2010&relator=Iris%20Helena%20Medeiros%20Nogueira&aba=juris)>. Acesso em: 1º jul. 2017.

SALLES, Pedro Amaral. *A função coercitiva da cláusula penal e uma crítica ao art. 412 do Código Civil de 2002*. São Paulo: Almedina, 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Civil nº 2012.020981-8. Diário da Justiça. Jaraguá do Sul, 2016. Disponível em: <<http://busca>>.

tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAA NqrTAAE&categoria=acordao>. Acesso em: 1º jul. 2017.

SILVA, Luciano Felix do Amaral e. Princípios norteadores da intervenção judicial no contrato normas abertas versus segurança jurídica. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, a. 10, n. 37, jan./mar. 2009.

SIRENA, Hugo Cremonez. A alteração contratual pela quebra da equivalência subjetiva do elemento objetivo – Uma reformulação das teorias revisionais do contrato. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, a. 2, n. 4, p. 49-75, set./dez. 2013.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direitos das obrigações e responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, v. 2, 2014.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014.

USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos contratos: temas atuais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Submissão em: 10.10.2018

Avaliado em: 10.04.2019 (Avaliador B)

Avaliado em: 13.05.2019 (Avaliador C)

Aceito em: 13.08.2019

# O PAPEL CRIATIVO DOS TRIBUNAIS - TÉCNICAS DE DECISÃO EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

*THE CREATIVE ROLE OF THE COURTS - DECISION-MAKING TECHNIQUES IN JUDICIAL REVIEW*

**Luís Roberto Barroso<sup>1</sup>**

Doutor e Livre-Docente (UERJ, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)

**Patrícia Perrone Campos Mello<sup>2</sup>**

Doutora em Direito (UERJ, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)

**ÁREA(S):** direito constitucional; controle de constitucionalidade; processo constitucional; direito comparado.

**RESUMO:** O propósito deste artigo é examinar as principais técnicas de decisão utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle de constitucionalidade, para desempenhar um papel criativo que vai além da mera procedência ou improcedência da arguição de inconsti-

tucionalidade. Acredita-se que a sistematização das referidas técnicas e um exame dogmático a respeito de suas principais características, problemas e limites podem contribuir para o aprimoramento e para a desmistificação da jurisdição constitucional. Com esse objetivo, o trabalho aborda diversas espécies de decisões intermediárias e se aprofunda no exame das decisões construtivas (manipulativas) aditivas e substitutivas.

<sup>1</sup> Mestre pela Universidade de Yale. *Visiting Scholar* na Faculdade de Direito de Harvard e *Senior Fellow* na Harvard Kennedy School. Professor titular da UERJ. Ministro do Supremo Tribunal Federal. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2430424576721113>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3407-2304>.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. *Visiting Researcher* no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Professora do Centro Universitário de Brasília - UniCeub. Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. *E-mail:* [patricia.mello@ceub.edu.br](mailto:patricia.mello@ceub.edu.br). Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5868299371482978>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2929-5642>.

**ABSTRACT:** *The purpose of this article is to examine the main decision-making techniques used by the Brazilian Supreme Court, through which the Court plays a creative role that goes beyond upholding or overturning a law with basis in its (un)constitutionality. The systematization of these techniques and a dogmatic examination of their main characteristics, problems and limits contribute to the improvement and demystification of the Brazilian judicial review. With this objective, the paper addresses several types of intermediary judicial decisions and delves into the examination of additive and substitutive decisions (judicial decisions which add content to the laws under the Court's scrutiny or replace part of its meaning).*

**PALAVRAS-CHAVE:** técnicas de decisão; decisões construtivas; decisões manipulativas; decisões aditivas; decisões substitutivas; controle de constitucionalidade.

**KEYWORDS:** *decision-making techniques; manipulative decisions; additive decisions; substitutive decisions; judicial review; precedents.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Decisões intermediárias: mitigação do dogma da nulidade das leis inconstitucionais; 2 Decisões interpretativas; 3 Decisões construtivas; 4 Críticas enfrentadas pelas decisões construtivas; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Intermediary decisions: mitigation of the dogma of the nullity of unconstitutional laws; 2 Interpretative decisions; 3 Constructive decisions; 4 Criticisms faced by constructive decisions; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

**E**m um passado não muito distante, um homem e uma mulher que vivessem uma longa relação de afeto, sob o mesmo teto, como um casal, não gozavam do *status* e da proteção equiparáveis àquela experimentada por um homem e uma mulher casados. Como a lei não cuidava de tais relações, elas foram inicialmente protegidas, em âmbito judicial, como sociedades de fato, com o propósito, ao menos, de tutelar seus efeitos patrimoniais<sup>3</sup>. A figura da sociedade de fato tratava, contudo, de fenômeno jurídico bastante diverso, marcado, de modo geral, pela combinação de esforços

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 380: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum” (RE 52.217, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, DJ 16.08.1963; RE 49.064, Rel. Min. Victor Nunes, DJ 18.01.1962; RE 19.561, Rel. Min. Luiz Gallotti, DJ 29.10.1953).

para o desenvolvimento de atividades produtivas. A aplicação dessa categoria para regular uma união caracterizada por um projeto de vida comum entre os parceiros foi, originalmente, produto de uma atuação criativa do Judiciário.

Com o passar do tempo, o próprio direito positivo passou a reconhecer como família não apenas o homem e a mulher unidos por meio do casamento, mas igualmente os casais de sexos distintos, que vivessem em uniões estáveis, caracterizadas por relações de afeto permanentes, com o intuito de constituição familiar. A mesma norma reconheceu, ainda, as famílias monoparentais<sup>4</sup>.

Mais adiante, um novo desafio colocou-se para os juízes: o tratamento jurídico e a proteção a ser conferida a casais compostos por pessoas do mesmo sexo, que vivessem em condições semelhantes às das uniões estáveis. Era possível considerá-los uma família por equiparação às famílias compostas por casais de sexos distintos? Era viável aplicar-lhes o conceito de união estável? Em caso de falecimento de um dos companheiros, o companheiro supérstite e economicamente dependente poderia receber pensão? Deteria direitos sucessórios? Novas questões se colocaram e coube ao Judiciário conceder direitos previdenciários<sup>5</sup>, reconhecer as uniões estáveis entre pessoas do mesmo

---

<sup>4</sup> CF/1988: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

<sup>5</sup> Nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça assegurou o pensionamento ao companheiro do mesmo sexo, esclarecendo: “Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas” (BRASIL. STJ, REsp 1026981, Relª Min. Nancy Andrighi, DJe 23.02.2010). No mesmo sentido, STJ, REsp 395.904, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 06.02.2006; TRF-3, AC 2004.61.83.000175-5, Rel. Des. Fed. Nelson Bernardes, DJe 14.04.2008; TJMG, AC/RN 1.0024.05.750258-5/002, Rel. Des. Belizário de Lacerda, DJ/MG 23.11.2007, entre outros.



sexo<sup>6</sup> e conferir-lhes tratamento semelhante àquele outorgado às uniões entre casais de sexos distintos<sup>7</sup>.

Como esse breve relato demonstra, a vida avança na frente do Direito. Não é raro que novas relações e demandas cheguem ao Judiciário antes de serem compreendidas em toda a sua extensão e reguladas pelo legislador. Ao juiz não é dada a alternativa de deixar de decidir uma matéria porque o Poder Legislativo ainda não se pronunciou a seu respeito ou porque se manifestou de forma incompleta. Diante de um caso inédito, precisa produzir uma decisão que satisfaça a critérios de segurança jurídica, e que seja, portanto, passível de recondução ao ordenamento jurídico. Ao mesmo tempo, deve proferir um entendimento que também atenda a *standards* mínimos de justiça. Esse é o desafio do Direito: conciliar segurança e justiça. Portanto, esse é o desafio do juiz, mesmo que ainda não haja uma regra positivada a respeito do tema que é chamado a decidir.

As decisões judiciais mencionadas acima – ao afirmar a existência de sociedade de fato entre companheiros, ao conferir direitos previdenciários e ao reconhecer uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo – *criaram* direito, a partir de um conteúdo que se encontrava latente na ordem jurídica. Não havia, originalmente, uma regra prevendo as conclusões que proclamaram. Ainda que fosse possível extrair tais direitos do sistema jurídico como um todo, dos princípios que o regem e dos valores que eles pressupõem, as primeiras decisões que o fizeram foram além do teor literal das normas e do significado que lhes era conferido até então. Portanto, em alguma medida, inovaram.

Os julgados antes aludidos ilustram o processo de superação de algumas concepções clássicas. A concepção tradicional, segundo a qual o juiz é um intérprete neutro, que aplica um direito preexistente, por meio da subsunção do fato à norma, tributária do formalismo jurídico, já não corresponde à compreensão corrente que os operadores do Direito têm da sua própria atividade. Além da crescente complexidade da vida social, a ambiguidade da linguagem, os

---

<sup>6</sup> BRASIL. STF, ADPF 132 e ADIn 4277, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 14.10.2011.

<sup>7</sup> V. Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça, que vedou às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, com base nas decisões proferidas na ADPF 132, ADIn 4277 e REsp 1.183.378.

desacordos morais razoáveis e a colisão entre normas constitucionais são alguns dos múltiplos fatores capazes de gerar casos para os quais não há uma solução pronta no ordenamento jurídico<sup>8</sup> e cuja decisão dependerá de uma atuação judicial inovadora<sup>9</sup>.

O presente trabalho tem por objetivo tratar do papel criativo desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal. Não se volta, contudo, ao exame dos métodos hermenêuticos empregados pela Corte, como poderia parecer a um primeiro olhar. Volta-se, sim, a analisar as *técnicas de decisão*, utilizadas no âmbito do controle de constitucionalidade, por meio das quais o Tribunal cria direito. Acredita-se que a constatação de tal papel criativo e a sistematização das aludidas técnicas podem contribuir para uma melhor compreensão do processo decisório do STF, um maior controle da sua atuação criativa e um debate sincero e desmistificado sobre os *standards* e limites a serem observados pela jurisdição constitucional.

## 1 DECISÕES INTERMEDIÁRIAS: MITIGAÇÃO DO DOGMA DA NULIDADE DAS LEIS INCONSTITUCIONAIS

No Direito brasileiro, adotou-se o entendimento de que a norma inconstitucional é nula<sup>10</sup>. A declaração de inconstitucionalidade tem, como regra, eficácia retroativa ou *ex tunc*, desconstituindo quaisquer efeitos eventualmente produzidos pela lei, de forma a restabelecer as partes ao estado anterior àquele em que se encontravam quando a norma foi produzida<sup>11</sup>. O Direito brasileiro admite, contudo, o temperamento desse dogma à luz de situações concretas, em

---

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 248-257; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte, 2014; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>9</sup> BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. *Constitutional Courts as Positive Legislators*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2011. Como o livro demonstra, a atuação judicial construtiva e inovadora das Cortes Constitucionais é um fenômeno global.

<sup>10</sup> O entendimento é corolário do princípio da supremacia da constituição. Se a constituição é lei suprema, a norma que é incompatível com ela não pode produzir efeitos, sob pena de se negarem efeitos à própria constituição, enquanto tal lei for aplicada.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle da constitucionalidade do Direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 33-42.

que se constate que a retroatividade plena pode gerar uma situação ainda mais danosa do que a permanência da norma inconstitucional<sup>12</sup>.

Imagine-se, a título ilustrativo, que uma lei tenha autorizado a investidura de oficiais de justiça sem prévio concurso público, como se tratasse de função de confiança, e que a norma vigorasse por diversos anos, antes de que viesse a ser questionada. Pessoas teriam sido investidas no cargo, teriam trabalhado e recebido remuneração. Réus teriam sido citados, decisões judiciais teriam sido proferidas e transitado e julgado. A retroatividade plena da declaração de inconstitucionalidade de tal lei implicaria a nulidade de todas as investiduras, a devolução dos valores recebidos por quem efetivamente trabalhou, a invalidade das citações e das decisões judiciais proferidas, gerando enorme insegurança jurídica.

Nesse caso, a observância da norma constitucional que determinava a prévia realização de concurso público (e dos princípios de igualdade no acesso aos cargos públicos e de busca da melhor contratação) estaria em confronto com a proteção à segurança jurídica e à confiança depositada nos atos do Poder Público, que também constituem normas constitucionais. A solução estava em modular os efeitos da decisão de forma a que aqueles investidos sem concurso fossem desligados do cargo, com efeitos a partir do desligamento apenas, sem dever de devolução das importâncias recebidas (já que efetivamente trabalharam) e com a preservação da validade dos atos que praticaram enquanto investidos. Tal modulação de efeitos, que é, atualmente, autorizada pela Lei nº 9.868/1999 de forma expressa, foi objeto, originalmente, de criação judicial<sup>13</sup>.

Constata-se, portanto, que, a despeito da adoção do dogma da nulidade das leis inconstitucionais como regra, o Supremo Tribunal Federal adota *técnicas de decisão intermediárias*, por meio das quais produz comandos que se colocam entre a declaração de inconstitucionalidade, com a nulidade da norma, e o reconhecimento da constitucionalidade da lei. Tais técnicas intermediárias de decisão procuram conservar o ato normativo impugnado ou minimizar os impactos adversos que decorreriam do reconhecimento da sua nulidade plena.

No que respeita à sua força criativa e inovadora, essas decisões intermediárias podem assumir a natureza de decisões interpretativas ou de

---

<sup>12</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>13</sup> V. BARROSO, Luís Roberto. *O controle da constitucionalidade do Direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 33-42; e Lei nº 9.868/1999, art. 27.

decisões construtivas (também conhecidas como manipulativas), a depender do *quantum* de inovação produzam no Direito<sup>14</sup>. As *decisões interpretativas* são aquelas em que o Tribunal *atribui ou afasta um significado ou uma incidência que poderia ser extraída do programa normativo da lei*, tal como positivado pelo legislador. Nesse caso, o intérprete determina, entre as interpretações possíveis, a que melhor efetiva o disposto na Constituição, ou suprime significados inconstitucionais.

As *decisões construtivas* (manipulativas)<sup>15</sup>, a seu turno, atribuem aos dispositivos interpretados *significados que não podem ser diretamente extraídos do programa normativo da lei*, procurando ampliar ou modificar o seu conteúdo e alcance, a fim de compatibilizá-lo com a Constituição. Nessa hipótese, há uma maior atuação criativa da Corte, com adição ou substituição do sentido normativo atrelado ao texto.

É certo que a fronteira entre a mera interpretação de um enunciado e a sua construção pode ser tênue e suscitar divergências. A classificação é útil, contudo, para que se possa atuar com alguma precisão técnica na matéria.

<sup>14</sup> Não há plena convergência na doutrina quanto a essa classificação. Optou-se, no ponto, por adotar as categorias que parecem mais funcionais para a compreensão e operacionalização da matéria à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. V., para o debate: ROMBOLI, Roberto et. Al. Il processo costituzionale: la tipologia delle decisioni. *Il Foro Italiano*, v. 121, n. 3, p. 143-166; ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÓ, Valeria. *Giustizia costituzionale: oggetti, procedimenti, decisioni*. Bolonha: Il Mulino, 2018; BLANCO MORAIS, Carlos. As sentenças com efeitos aditivos. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 15-115; DI MANNO. *Le juge constitutionnel et la technique de décisions interprétatives en France et en Italie*, 1997, p. 318; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001. Na doutrina nacional: SAMPAIO, José Adércio. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 159-194; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., 2015, p. 1198-1213; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As sentenças manipulativas aditivas: os casos das Cortes constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF. *Revista de Processo*, v. 246, p. 403-427, ago. 2015; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Forum, 2016; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018; MEYER, Emílio Peluso Neder. *Decisão e jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 15-113.

<sup>15</sup> A opção pela expressão “decisões construtivas”, em lugar de “decisões manipulativas”, a despeito da ampla consolidação do segundo termo na doutrina e na jurisprudência, está justificada no item IV, adiante. De todo modo, vale antecipar que a denominação proposta tem inspiração na doutrina de Zagrebelski e Marcenó e se baseia em razões semelhantes àquelas que os levaram a sugerir a sua designação como “decisões reconstrutivas”. (ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÓ, Valeria. *Giustizia costituzionale*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2018. p. 229-230)

Ambas as modalidades de decisão – interpretativas e construtivas – constituem gêneros que abrangem espécies distintas. Sobre tais espécies, e sobretudo no que respeita às decisões construtivas, podem-se encontrar, na doutrina, classificações superpostas e divergentes<sup>16</sup>. As categorias expostas neste trabalho correspondem àquelas que nos parecem ter maior relevância prática<sup>17</sup>, quer porque, sistematizadas na forma aqui proposta, permitem a operacionalização das mencionadas técnicas com um referencial teórico razoavelmente claro, quer porque já encontram referibilidade em julgados do Supremo Tribunal Federal<sup>18</sup>.

## 2 DECISÕES INTERPRETATIVAS

As decisões interpretativas, como explicitado acima, são aquelas que definem o sentido da norma com base em uma interpretação que poderia ser extraída de seu enunciado normativo. Constituem espécies desse gênero: (i) a interpretação conforme à Constituição; (ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; (iii) a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e o apelo ao legislador; e (iv) a declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 159-194; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Forum, 2016.

<sup>17</sup> Entretanto, optou-se por não incluir no objeto deste trabalho a técnica da modulação dos efeitos temporais da decisão, que já se considera razoavelmente assimilada na doutrina e na jurisprudência, sem apresentar grande desafio de sistematização.

<sup>18</sup> Sobre o tema, vale, contudo, conferir: COSTA, Teresa Cristina de Melo. *Novas técnicas de decisão do STF: entre inovação e democracia*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: cidadania, Estado e globalização, 2019 (no prelo). Nesse trabalho, a autora propõe novas categorias e técnicas de decisão para o controle da constitucionalidade, a partir da percepção de que as categorias já consolidadas não atendem plenamente a todas as necessidades da jurisdição constitucional brasileira, em especial no que respeita à necessidade de suprir a inconstitucionalidade por omissão total.

<sup>19</sup> A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, o apelo ao legislador e a declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade são, ainda, decisões apelativas. Por decisões apelativas designam-se aquelas que instam o legislador a agir. Entretanto, a divisão entre decisões interpretativas e manipulativas é aquela que melhor atende aos fins do presente trabalho, que pretende sistematizar as técnicas de decisão empregadas no controle de constitucionalidade com base no *quantum* de conteúdo o juiz acrescenta à norma. Há, ainda, autores que classificam a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e a declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade, ao lado daquelas que modulam os efeitos temporais das

## 2.1 INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO

A interpretação conforme à Constituição é uma técnica de controle de constitucionalidade aplicável quando um comando normativo comporta mais de uma interpretação plausível. Tem o objetivo de compatibilizar o sentido da norma com a Constituição. Trata-se, de modo geral, da atribuição de um significado que não corresponde àquele mais obviamente decorrente do texto. Para que isso seja possível, o texto tem que comportar alguma plasticidade. A técnica não permite que, ao argumento de ajustar a lei à Constituição, seu significado seja inteiramente alterado, a ponto de se produzir uma interpretação contra a lei<sup>20</sup>. Por isso se reconhece que as possibilidades semânticas do texto funcionam como um limite à sua utilização.

A interpretação conforme comporta diversas modalidades de atuação do intérprete. Em primeiro lugar, permite a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes. Nessa primeira hipótese, o intérprete ajusta o significado do dispositivo, a fim de torná-lo compatível com a Constituição, desde que dentro dos limites do texto. Em segundo lugar, a interpretação conforme pode ensejar a declaração de não incidência da norma a uma determinada situação de fato, cujas particularidades, em concreto, a tornem incompatível com a constituição. Por fim, a técnica pode ensejar uma declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto. Nesse caso, ao mesmo tempo em que o intérprete define o significado da norma que é compatível com a Constituição, ele declara a exclusão de uma interpretação que reputa inconstitucional<sup>21</sup>. Ao fazê-lo, além de fixar um

---

decisões, como decisões manipulativas sob o aspecto temporal. Como já observado, há na doutrina uma profusão de classificações. Utilizamos o vocábulo manipulação neste trabalho para aludir à manipulação de conteúdo e utilizamos o vocábulo interpretação para a atribuição a uma norma de um significado extraível do programa do seu texto. Esse critério permite o enquadramento declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e a declaração de lei ainda constitucional como interpretativa, na medida em que o sentido que se lhes atribui é inferível do seu programa normativo.

<sup>20</sup> STF, ADIn 1.344-MC, Rel. Moreira Alves, DJ 19.04.1996: “Impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme a Constituição, pois essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma e unívoco, como sucede no caso presente”.

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 189. Vale o registro de que a associação entre interpretação conforme a constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto não é pacífica na doutrina e de que a legislação tratou as duas técnicas como institutos distintos (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999). V. nessa linha: STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 477.

significado que considera válido, afasta um outro sentido que a norma poderia produzir.

O uso da técnica pode ser exemplificado pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 3684. Nessa ação, debateu-se se o art. 114, I, IV e IX, com a redação que lhes foi conferida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, teria atribuído o exercício de jurisdição penal à Justiça do Trabalho. Os dispositivos traziam uma redação bastante genérica acerca da competência da Justiça do Trabalho, atribuindo-lhe jurisdição sobre toda e qualquer controvérsia oriunda da relação de trabalho, incluindo o julgamento da ação de *habeas corpus*. Confira-se:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

[...]

IV – os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

[...]

IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

O texto do art. 114 e incisos, tal como redigido, permitia mais de uma interpretação. A partir de sua leitura, podia-se entender que a jurisdição trabalhista abrangia: (i) apenas ações que versassem sobre relação de trabalho ou (ii) ações decorrentes da relação de trabalho, inclusive sobre matéria penal, desde que ligadas a tal relação. As duas compreensões podiam ser extraídas do relato da norma.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal demonstrou que a segunda leitura da norma implicaria violação aos princípios constitucionais da legalidade e do juiz natural (art. 5º, LIII, da CF/1988), que constituem cláusula pétrea (art. 60, § 4º, da CF/1988). É que, segundo explicitado pela decisão, a Constituição, sempre que pretendeu atribuir jurisdição penal, o fez expressamente, valendo-

-se de vocábulos categóricos e unívocos como “infrações penais” e “crimes”, justamente para evitar dúvidas que pudessem em risco a garantia do juiz natural e a imparcialidade da jurisdição penal. Esclareceu, ainda, que o fato de se atribuir o julgamento de *habeas corpus* à Justiça do Trabalho não infirma tal entendimento porque se trata de remédio que pode ser oposto contra ações ou omissões praticadas por órgãos da Justiça do Trabalho, no curso de processos de qualquer natureza, e não apenas no âmbito de investigações, inquéritos e ações penais.

Com base em tais fundamentos, o Tribunal conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 114, I, IV e IX, da Constituição, para afirmar que tais dispositivos conferiram à Justiça do Trabalho apenas jurisdição para apreciar ações decorrentes da relação de trabalho, não lhe tendo outorgado o exercício da jurisdição penal. A decisão envolveu, portanto, a definição do alcance dos dispositivos legais à luz dos princípios constitucionais da legalidade e do juiz natural e, concomitantemente, a declaração da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do entendimento que incluía matéria penal em seu âmbito de incidência<sup>22</sup>.

## 2.2 DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO

A declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto é a técnica utilizada quando a norma comporta mais de um sentido possível e o Tribunal declara a inconstitucionalidade de um deles. Nessa hipótese, o texto da norma não será afetado, mas um de seus significados será afastado, por violar a Constituição. Há uma evidente proximidade entre a interpretação conforme à Constituição e a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Há quem as equipare, alegando que, na interpretação conforme, a afirmação, pelo Tribunal, de um determinado sentido que valida a norma implica descartar os demais. A

---

<sup>22</sup> Confira-se ementa da decisão: “Competência criminal. Justiça do Trabalho. Ações penais. Processo e julgamento. Jurisdição penal genérica. Inexistência. *Interpretação conforme* dada ao art. 114, I, IV e IX, da CF, acrescidos pela EC 45/2004. Ação direta de inconstitucionalidade. Liminar deferida com efeito *ex tunc*. O disposto no art. 114, I, IV e IX, da Constituição da República, acrescidos pela Emenda Constitucional nº 45, não atribui à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar ações penais” (BRASIL. STF, ADIn 3884-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 03.08.2007).



Lei nº 9.868/1999 optou, contudo, por tratá-las como técnicas distintas (art. 28, parágrafo único)<sup>23</sup>.

Constitui exemplo de aplicação dessa técnica a decisão que declara parcialmente inconstitucional, sem redução de texto, a possibilidade de cobrança de um tributo sem a observância do princípio da anualidade. A norma criadora do tributo tem o seu texto preservado, mas suprime-se uma incidência possível, que poderia decorrer do seu programa normativo e que não é compatível com a Constituição: a incidência em desrespeito a tal princípio.

Observada essa hipótese de exclusão, os demais significados atribuídos ao dispositivo são considerados conforme à Constituição. Portanto, a interpretação conforme à Constituição corresponde a um juízo positivo a respeito de um significado válido atribuível a uma norma infraconstitucional. Já a declaração de nulidade parcial sem redução de texto implica um juízo negativo, indicando um significado a ser suprimido.

### **2.3 DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM A PRONÚNCIA DE NULIDADE E APELO AO LEGISLADOR**

O sistema brasileiro de controle da constitucionalidade contempla algumas situações em que o reconhecimento da inconstitucionalidade não enseja uma declaração de nulidade. A primeira dessas situações envolve o reconhecimento da inconstitucionalidade no âmbito de uma ação direta interventiva. O reconhecimento da violação de princípio constitucional sensível constitui uma condição para que o Presidente da República possa decretar a intervenção federal, mas não implica a nulidade do ato, cuja desconstituição dependerá de atuação superveniente. Também no caso de declaração de inconstitucionalidade por omissão normativa total, não haverá declaração de nulidade, uma vez que o pronunciamento do Tribunal não incide sobre uma norma, mas sobre a ausência absoluta dela, não havendo, portanto, o que anular.

Por fim, fala-se em declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade quando o tribunal reconhece a incompatibilidade de uma norma com a Constituição, mas mantém os seus efeitos, prospectivamente, durante certo período, e formula apelo ao legislador para que, dentro dele, atue, produzindo

---

<sup>23</sup> Lei nº 9.868/1999, art. 28, parágrafo único: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

uma norma que se ajuste ao parâmetro constitucional, sob pena de, não o fazendo, ensejar uma situação de vácuo normativo que poderá ser prejudicial à comunidade<sup>24</sup>. Nesse caso, a decisão não apenas afere o significado da norma a partir de seu programa normativo, reconhecendo sua incompatibilidade com a Constituição, como exorta o legislador a agir. Por isso, além de interpretativa, esse tipo de decisão tem caráter apelativo<sup>25</sup>.

Essa foi a técnica de decisão utilizada pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar a inconstitucionalidade da lei que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães em desacordo com a Constituição. Tendo em vista a consolidação de diversas situações de fato e a grave insegurança que se geraria com o reconhecimento da sua nulidade, o Tribunal optou por declarar a inconstitucionalidade do diploma normativo, mas não pronunciar a sua nulidade, pelo prazo de 24 meses, apelando-se ao legislador para que sanasse

---

<sup>24</sup> Nesse sentido, diferenciando a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade da modulação de efeitos temporais, v. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., 2015, p. 1.275: “Se, nos casos em que se pretende preservar efeitos passados, utiliza-se a técnica da restrição dos efeitos retroativos, quando se deseja manter os efeitos da lei não se declara a sua nulidade, ainda que se pronuncie a sua inconstitucionalidade”. Em sentido diverso, mas aludindo ao uso da técnica no Direito alemão, v. BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 286.

<sup>25</sup> No Direito alemão, a técnica implica a definição de prazo para que o legislador aprove uma nova lei, conforme à Constituição, com: (i) a manutenção da aplicação da norma incompatível com a constituição; (ii) a emissão de uma regulação provisória pelo Tribunal (menos frequente); ou (iii) a suspensão dos processos em curso, de forma a aguardar a atuação do legislador (ainda menos frequente) (BOGDANDY, Armin von; PARIS, Davide. La construcción de la autoridad judicial. *Revista de Derecho del Estado*, n. 43, p. 19, maio/ago. 2019). É importante ter em conta que a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, na última hipótese, pressupõe uma situação de *provisoriedade* quanto à manutenção da norma incompatível com a constituição e a confiança na obtenção de uma resposta do legislador (e talvez por isso seja pouco comum no Brasil). Essa técnica não deve ser confundida com decisões puramente convalidatórias de normas inconstitucionais, que simplesmente mantêm os efeitos da norma incompatível com a constituição e que seriam mais difíceis de justificar (COSTA, Teresa Cristina de Melo. *Novas técnicas de decisão do STF: entre inovação e democracia*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: cidadania, Estado e globalização, 2019 (no prelo), p. 31-33).

a inconstitucionalidade dentro desse prazo<sup>26</sup>. Há quem qualifique essa última hipótese, ainda, como caso de *pronúncia de nulidade diferida*<sup>27</sup>.

## 2.4 DECLARAÇÃO DE LEI AINDA CONSTITUCIONAL EM TRÂNSITO PARA A INCONSTITUCIONALIDADE

Em algumas circunstâncias, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade de determinados diplomas legais, enquanto subsistente a situação de fato que a justificava, mas sinalizou que, finda tal situação, a norma se tornaria inconstitucional supervenientemente.

Um exemplo do uso dessa técnica está na decisão que apreciou a constitucionalidade do prazo em dobro conferido à Defensoria Pública em matéria penal. O Ministério Público argumentou, no caso, que tal prazo feria a igualdade e a paridade de armas que deveria ser observada quanto a todos os postulantes. A Corte esclareceu, contudo, que a Defensoria não estava, ainda, plenamente estruturada, tal como o *Parquet*, e que o prazo diferenciado se justificava para dar-lhe condições adequadas, em tal circunstância, para a defesa dos hipossuficientes. Na hipótese, os postulantes foram, portanto, considerados desiguais pela Corte e esta concluiu que, enquanto persistisse tal desigualdade, o tratamento diferenciado se justificava<sup>28</sup>. Entretanto, uma

<sup>26</sup> STF, ADIn 2240, Rel. Min. Eros Grau, DJe 03.08.2007. No mesmo sentido: STF, ADIn 875, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 30.04.2010: “Fundo de Participação dos Estados – FPE (art. 161, II, da Constituição). Lei Complementar nº 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar nº 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012”.

<sup>27</sup> V. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 174. Alude-se, na obra, à técnica como “inconstitucionalidade com ablação diferida ou datada”.

<sup>28</sup> STF, HC 70.514, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 27.06.1997: “Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5º do art. 1º da Lei nº 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei nº 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública”. No mesmo sentido, v. STF, RE 147.776, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.05.1998: “Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação [...] processo de inconstitucionalização das leis. 1. A alternativa

vez plenamente estruturada a Defensoria, o prazo em dobro se tornaria inconstitucional.

Trata-se de técnica de decisão conhecida, ainda, como *declaração de inconstitucionalidade progressiva* ou como *sentença transitiva ou transaccional*<sup>29</sup>. Ela cuida do direito transitoriamente aplicável, enquanto persistir uma determinada situação de fato, justamente porque tal situação apresenta particularidades com importantes repercussões normativas, cuja alteração ensejaria a própria alteração do direito aplicável. Essa decisão pode eventualmente ser associada a uma exortação ao legislador para que produza uma nova norma antes da consolidação da inconstitucionalidade. Nesse caso, além de interpretativa, a decisão terá caráter apelativo.

### 3 DECISÕES CONSTRUTIVAS

As decisões aqui designadas *construtivas* correspondem àquelas que se consolidaram na experiência italiana – e que estão em processo de estabilização também na prática brasileira – sob a denominação de decisões *manipulativas*. Trata-se de técnica de decisão por meio da qual o intérprete introduz novos conteúdos na norma, que *não poderiam ser extraídos diretamente do seu programa normativo*, a fim de compatibilizá-la com a Constituição. Apesar da ampla utilização da expressão *manipulativa* para designar tal técnica, a nomenclatura não parece ser a mais adequada.

É que a expressão é ambígua. Tanto pode expressar o “manejo” do significado do texto, de forma a adequá-lo à Constituição, que é da natureza da atividade hermenêutica, quanto pode sugerir uma tentativa de deformar o conteúdo da lei ou de induzir a uma compreensão que não é a mais fiel a

---

radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuido de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem. 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 do Código de Processo Penal – constituindo modalidade de assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada”.

<sup>29</sup> As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 175.

seu significado. Essa segunda conotação é bastante negativa, sugerindo um comportamento ardiloso, incompatível com a função de um juiz e, na prática, pode gerar resistências à adoção da técnica. Em sentido muito semelhante, Zagrebelski e Marcenó observaram:

“Manipular”, “manipulação”, “manipulativo” são palavras que carregam um significado muito negativo, especialmente quando associadas ao exercício da função jurisdicional, em que a manipulação, qualquer que seja o seu significado, deve estar ausente. Manipular e alterar [o significado] são quase expressões sinônimas. [...]. Seria mais adequado, ainda que menos sugestivo, usar a expressão “sentenças reconstrutivas”. A linguagem se sujeita a uma certa inércia. É importante, contudo, estar consciente das sugestões que tal linguagem contém.<sup>30</sup>

Justamente por tais razões, optamos por adotar a expressão *decisões construtivas* em substituição à expressão *decisões manipulativas*. Como ficará claro ao longo deste trabalho, essa técnica possibilita a reconstrução do significado da norma tida como parcialmente inconstitucional, através de inserção de conteúdos que não decorrem de seu programa normativo, mas que são passíveis de justificação à luz da própria Constituição. Trata-se de gênero de pronunciamento judicial que abrange as técnicas de decisão construtiva aditiva e substitutiva, examinadas em seguida<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÓ, Valeria. *Giustizia costituzionale*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2018. p. 229-230. Livre tradução.

<sup>31</sup> Não há uniformidade nessa classificação. Na doutrina nacional há quem inclua entre as decisões manipulativas, além das aditivas e substitutivas, também as redutivas (v. GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016). Entretanto, as decisões redutivas correspondem a decisões que reconhecem um excesso legislativo e que, por isso, promovem a supressão de algum elemento da norma. À luz da classificação proposta neste artigo, trata-se, portanto, de técnica mais próxima das decisões interpretativas, que se assemelha à declaração de inconstitucionalidade parcial com ou sem redução do texto. Tampouco há uniformidade na classificação italiana. Ali, contudo, parece predominar a subdivisão das decisões manipulativas em: (i) sentenças interpretativas de acolhimento parcial ou redutivas, (ii) sentenças aditivas e (iii) sentenças substitutivas (ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÓ, Valeria. *Giustizia costituzionale*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2018. p. 230-233). Trata-se, contudo, de classificação que não se adequa ao esquema aqui proposto (que diferencia entre

### 3.1 DECISÕES CONSTRUTIVAS ADITIVAS

As decisões construtivas aditivas constituem uma técnica que procura adequar à Constituição um diploma normativo que se considera inconstitucional por omissão parcial. Trata-se de normas consideradas inconstitucionais *pelo que deixaram de incluir em seu programa*, e não propriamente pelo que nele incluíram. Considera-se que, ao lado da norma positiva, que confere determinado direito a um grupo, existe uma espécie de *norma implícita*, que nega outro direito não mencionado ou o mesmo direito a um outro grupo, que também deveria ter sido contemplado pela norma e não o foi<sup>32</sup>.

A declaração de inconstitucionalidade, *parte ablativa ou demolitória* da decisão, incide apenas sobre a norma negativa implícita, que caracteriza a inconstitucionalidade por omissão parcial. A *parte reconstrutiva* ou restaurativa do julgado é aquela por meio da qual se adiciona o conteúdo que faltava, para que a norma possa ser considerada plenamente constitucional. Na hipótese, a Corte declara a norma “inconstitucional na parte em que não previu X”. Da declaração de inconstitucionalidade em tais termos decorre a inclusão do conteúdo faltante na norma.

As decisões aditivas mais comuns são aquelas por meio das quais se procura sanar uma violação ao princípio da igualdade: quando determinado direito foi assegurado a um grupo de pessoas, sem que houvesse qualquer justificativa para não assegurá-lo, nos mesmos termos, a um grupo que foi excluído. Nesse caso, a decisão aditiva implicará uma manipulação do comando normativo quanto aos sujeitos beneficiários da norma. A manipulação é consequência da declaração de inconstitucionalidade da norma implícita (que não reconheceu o direito ao grupo excluído). Declarada a inconstitucionalidade da norma implícita, remove-se o obstáculo que impedia a extensão do programa normativo ao grupo prejudicado, produzindo-se uma adição.

---

decisões interpretativas e construtivas ou manipulativas), não favorecendo uma melhor compreensão da prática brasileira.

<sup>32</sup> ZAGREBLELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale: oggetti, procedimenti, decisioni*. Bolonha: Il Mulino, 2018; ROMBOLI, Roberto et. Al. *Il processo costituzionale: la tipologie dele decisioni*. *Il Foro Italiano*, v. 121, n. 3, p. 143-166; COLAPIETRO, Carlo. *Le sentenze additive e sostitutive dela Corte costituzionale*. Pisa: Pacini, 1990; DÍAZ REVORIO, Fracisco Javier. *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001; BLANCO MORAIS, Carlos. As sentenças com efeitos aditivos. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 15-115; DI MANNO, Thierry. *Le juge constitutionnel et la technique de décisions interprétatives en France et en Italie*. Paris: Economica, 1997.

Há, ainda, na doutrina e na jurisprudência, alusão a decisões aditivas voltadas à concretização de outros princípios constitucionais. A título ilustrativo, a Corte Constitucional italiana declarou a inconstitucionalidade de normas processuais civis e penais que determinavam às testemunhas a prestação de juramento “diante de Deus”, por terem se omitido em prever a obrigação de prestar tal juramento apenas se a testemunha fosse crente. Entendeu que a omissão violava a liberdade de consciência das pessoas não religiosas<sup>33</sup>.

Mais recentemente, a Corte declarou a inconstitucionalidade da lei que fixava a data do parto como termo inicial da licença maternidade, na parte em que não previu a fruição da licença ou de parte dela a partir da data do ingresso do recém-nascido prematuro na casa da família, no caso em que tivesse permanecido internado para tratamento de saúde. A Corte assinalou que o propósito da licença-maternidade não é apenas a proteção da saúde da mãe, mas também o estabelecimento do vínculo de afeto entre ela e o bebê, fundamental para o desenvolvimento sadio da criança<sup>34</sup>.

A doutrina alude a múltiplas subcategorias de decisões aditivas, que, por sua menor relevância, não serão exploradas em maior detalhe aqui<sup>35</sup>. Merece registro, todavia, a categoria designada decisão *aditiva de princípio*. No caso das aditivas de princípio, em lugar de acrescentar diretamente conteúdo à norma, as Cortes estabelecem diretrizes e parâmetros a serem observados pelo legislador e/ou pelas demais instâncias judiciais, no julgamento dos casos concretos, a fim de que supram a omissão parcial declarada inconstitucional. As decisões aditivas de princípio produzem menor resistência no Legislativo e no Judiciário do que as aditivas em sentido estrito e têm, ainda, o aspecto positivo de promover um diálogo institucional entre Corte Constitucional, Legislativo e demais instâncias judiciais<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> ITÁLIA. Corte Constitucional. Sentença n° 11, 1979.

<sup>34</sup> ITÁLIA. Corte Constitucional. Sentença n° 116, 2011.

<sup>35</sup> Fala-se na existência de decisões *aditivas de garantia*, que promovem a ampliação dos destinatários de um direito de liberdade ou poder; em decisões *aditivas de prestação*, aludindo-se a julgados que estendem prestações a um grupo ilegitimamente excluído. Alude-se, ainda, a decisões *aditivas de efeitos redutivos*, quando o conteúdo adicionado à norma implicar uma redução do seu alcance, como no caso em que se ampliam os grupos não alcançados por uma determinada vedação e, por consequência, opera-se a redução do conjunto de pessoas sobre as quais incide a proibição.

<sup>36</sup> As decisões aditivas de princípio como categoria resultam sobretudo do embate travado entre a Corte Constitucional italiana e a magistratura ordinária acerca do alcance de suas respectivas competências. Na percepção da magistratura ordinária, suas decisões deviam observância a eventuais declarações de inconstitucionalidade proferidas pela Corte Constitucional, mas não ao conteúdo positivo que esta viesse a acrescentar às normas. A sua submissão a tal conteúdo positivo, em seu entendimento, violaria

Embora haja importantes controvérsias quanto à utilização de decisões aditivas em sentido estrito, pode-se afirmar que elas têm melhor aceitação quando é possível demonstrar argumentativamente que a superação da omissão relativa só poderia ocorrer de uma única forma obrigatória à luz da Constituição (*soluzione a rime obbligate*)<sup>37</sup> ou, ainda, quando, mesmo que possível, em tese, a solução por mais de uma forma, as alternativas não eleitas pela Corte Constitucional seriam: (i) inverossímeis, (ii) incompatíveis com o próprio regime estabelecido pelo legislador, (iii) menos compatíveis com princípios constitucionais sob uma perspectiva sistêmica ou (iv) desproporcionais (inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito)<sup>38</sup>.

Quando, todavia, se verifica que determinada omissão poderia ser preenchida de diversas maneiras, entende-se que há, no caso, um espaço político de discricionariedade aberto ao legislador, que não pode ser substituído pelo juízo da Corte Constitucional, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes<sup>39</sup>.

---

a sua independência na formulação do “direito vivente”. Por razões que extrapolam o objeto deste trabalho, a consolidação da autoridade da Corte Constitucional dependeu, na experiência italiana, de uma permanente “acomodação” de seus poderes às expectativas da magistratura ordinária. A solução para esse conflito passou pela idealização da categoria das decisões aditivas de princípio, que permitiram a construção de uma relação de cooperação entre Corte Constitucional e magistratura. V. BOGDANDY, Armin von; PARIS, Davide. La construcción de la autoridad judicial. *Revista de Derecho del Estado*, n. 43, p. 8, maio/ago. 2019; COSTA, Teresa Cristina de Melo. Novas técnicas de decisão do STF: entre inovação e democracia. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: cidadania, Estado e globalização, 2019 (no prelo), p. 120-121; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 164.

<sup>37</sup> CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. 4. ed. Pádua: Cedam, v. II, 1978. p. 363-370; ZAGREBLELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale: oggetti, procedimenti, decisioni*. Bolonha: Il Mulino, 2018. p. 229-257; BLANCO MORAIS, Carlos. As sentenças com efeitos aditivos. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 15-115; BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 160-211; SÁ, Fátima. Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 411-468; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 261-317.

<sup>38</sup> BLANCO MORAIS, Carlos. As sentenças com efeitos aditivos. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 33-115.

<sup>39</sup> Observa-se que a Corte Constitucional italiana apresenta bastante adesão a esse critério e que, quando, eventualmente, o caso é de discricionariedade legislativa e sequer é possível explicitar, à luz da Constituição, um princípio ou diretriz, a Corte profere uma decisão de inadmissibilidade por respeito



As decisões aditivas não são estranhas à prática do Supremo Tribunal Federal, que, em inúmeros casos, acrescentou conteúdos às normas cuja constitucionalidade foi chamado a apreciar. Basta lembrar a decisão por meio da qual o Tribunal reconheceu a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencefálicos. No caso, discutiu-se se a interrupção configuraria o crime de aborto, tal como tipificado nos arts. 124 e 126 do Código Penal, uma vez que o art. 128 do diploma não explicitava a hipótese como uma excludente de ilicitude que possibilitasse a interrupção da gestação. Vale conferir o teor das normas penais:

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O debate em torno da interrupção da gestação de fetos anencefálicos opunha o direito do feto à vida ao direito da mulher à saúde, à liberdade, à autonomia e à privacidade. Ao examinar a matéria, o STF observou, contudo, que a maioria dos fetos anencefálicos (por volta de 75% deles) não alcançava o nascimento com vida, e que a maior parte da fração remanescente vivia menos de 24 horas. Por essa razão, entendeu que seria possível equiparar o feto anencefálico ao natimorto ou a uma vida inviável. Assim, não haveria que se falar em violação ao direito à vida, em caso de interrupção da gestação, ao menos não em proporção que justificasse o intenso sacrifício dos direitos da mulher,

---

à discricionariedade. V. ZAGREBLELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale: oggetti, procedimenti, decisioni*. Bolonha: Il Mulino, 2018. p. 241-247.

representado pela imposição do dever de levar a gestação até ao final, com todo o sofrimento e o dano psíquico (quando não físico) decorrente da experiência.

Veja-se que a decisão poderia ser formulada nos exatos moldes das decisões italianas, de forma a “declarar a inconstitucionalidade do art. 128 do Código Penal, na parte em que se omitiu em prever expressamente que não se pune o aborto praticado por médico, *se comprovada a existência de feto anencefálico*”. A previsão não poderia ser extraída do programa normativo do dispositivo, razão pela qual não comportava interpretação conforme à Constituição. Entretanto, reconhecer a possibilidade de interrupção da gestação, em tais condições, era a única solução possível para superar a omissão parcial e compatibilizá-la com a Constituição.

### 3.2 DECISÕES CONSTRUTIVAS SUBSTITUTIVAS

As decisões construtivas substitutivas caracterizam-se por abranger uma declaração de inconstitucionalidade do diploma legal pelo que dispõe (e não pelo que omite, tal como ocorre no caso da decisão aditiva), *com a substituição judicial da disciplina inconstitucional por outra*. No caso das decisões substitutivas, a parte ablativa da decisão incide sobre uma *norma explícita* (e não sobre uma norma implícita, como no caso das decisões aditivas)<sup>40</sup>.

A declaração da inconstitucionalidade da norma, pelo que ela prevê, gera, então, uma omissão normativa ou um vácuo, que é tão ou mais danoso e violador da Constituição do que a própria norma declarada inconstitucional. Essa é justificativa para que, além de declarar a inconstitucionalidade, a Corte supra a omissão inconstitucional gerada por sua própria decisão. Nessa hipótese, a Corte declara “a inconstitucionalidade da disposição, na parte em que prevê ‘X’, em lugar de prever ‘Y’ para estar em conformidade com a Constituição”. O conteúdo que se explicita que a norma deveria ter previsto, para estar de acordo com a Constituição, corresponde ao componente reconstrutivo do julgado.

<sup>40</sup> ZAGREBLELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale: oggetti, procedimenti, decisioni*. Bolonha: Il Mulino, 2018; ROMBOLI, Roberto et. Al. *Il processo costituzionale: la tipologie delle decisioni*. *Il Foro Italiano*, v. 121, n. 3, p. 143-166; COLAPIETRO, Carlo. *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*. Pisa: Pacini, 1990; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001; MORAIS, Carlos Blanco. *As sentenças intermédias da justiça constitucional*, 2009; MANNO, Thierry. *Le juge constitutionnel et la technique de décisions interprétatives en France et en Italie*. Paris: Economica, 1997.

Nessalinha, a Corte Constitucional italiana declarou a inconstitucionalidade do juramento por meio do qual a testemunha deveria declarar, “diante de Deus (se crente) e dos homens”, que diria apenas a verdade, em lugar de se ter previsto que a testemunha assumiria “responsabilidade moral e jurídica” de dizer toda a verdade e de nada ocultar em seu depoimento. A Corte concluiu que este era o teor do juramento que se adequava à liberdade de consciência tutelada pela Constituição<sup>41</sup>.

Em outro caso, mais recente, a Corte declarou a inconstitucionalidade da norma que estipulou a pena mínima de 5 anos e máxima de 15 anos, aplicável ao crime de “alteração do estado civil de um recém-nascido, em razão de falsa certificação ou outra fraude”. Entendeu-se que, para estar de acordo com a Constituição, as penas para tal ilícito deveriam se situar entre 3 e 10 anos, já que eram essas as penas aplicáveis ao crime de “alteração de estado civil em decorrência da troca de recém-nascidos”. A Corte concluiu que as penas do primeiro ilícito (certificação falsa ou outra fraude) eram desproporcionais, se considerado o segundo ilícito (troca de recém-nascido) porque: (i) o primeiro e o segundo delitos eram semelhantes, dado que sua tipificação tinha o propósito de proteger o mesmo bem jurídico: o conhecimento da ascendência do recém-nascido. Entretanto, (ii) o segundo delito, apenado mais brandamente, era mais grave, uma vez que envolvia a fraude ao registro de dois recém-nascidos, que teriam sido trocados. Essa circunstância levou a Corte a substituir a pena mais grave do primeiro delito pela pena mais branda, estipulada para o segundo delito<sup>42</sup>.

As decisões substitutivas enfrentam, no direito comparado, resistências ainda maiores do que aquelas enfrentadas pelas decisões aditivas. É que nas decisões aditivas, sobretudo no caso de omissões parciais violadoras da igualdade, a adição atém-se a estender determinado regime jurídico já constante da norma a um grupo de pessoas não contemplado. Nas decisões aditivas baseadas na violação de outros princípios, supre-se uma omissão eventualmente involuntária do legislador com um mero acréscimo. Entretanto, no caso das decisões substitutivas, o que se faz é colocar no lugar do regime produzido pelo Legislativo outro regime jurídico, que não foi aquele que tal Poder pretendeu editar. Há, portanto, no caso das decisões substitutivas, um

---

<sup>41</sup> ITÁLIA. Corte Constitucional. Sentença nº 149, 1995.

<sup>42</sup> ITÁLIA. Corte Constitucional. Sentença nº 236, 2016.

*plus* em relação à criação e inovação pelo Judiciário, mesmo se comparadas às decisões aditivas.

As decisões substitutivas também não são estranhas à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A título ilustrativo, raciocínio semelhante foi desenvolvido pelo STF na decisão por meio da qual afastou o cabimento de ação penal condicionada à representação, em caso de violência doméstica contra a mulher. O Tribunal ponderou que dados empíricos indicavam que o número de representações na hipótese era ínfimo, e que tal estado de coisas se devia à esperança da vítima de que a violência não voltasse a acontecer (o que geralmente enseja sua reiteração com maior gravidade), à situação de desigualdade entre homens e mulheres inclusive no âmbito doméstico, ao medo de retaliação e aos próprios danos emocionais que a situação de reiterada subordinação e violência é capaz de gerar.

Por isso, sujeitar a ação estatal, no caso, à vontade da vítima, corresponderia a violar a dignidade humana e o direito à igualdade da mulher, bem como implicaria desrespeito ao dever estatal de coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º, da CF/1988)<sup>43</sup>, ensejando, ainda, desrespeito ao princípio da proporcionalidade por proteção deficiente. Veja-se o trecho do acórdão transcrito abaixo:

Deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implica relevar os graves impactos emocionais impostos pela violência de gênero à vítima, o que a impede de romper com o estado de submissão.<sup>44</sup>

Com base nesses argumentos, o Supremo Tribunal Federal não apenas declarou a inconstitucionalidade das normas que previam, no caso, a ação penal condicionada a representação, mas supriu o vácuo deixado pela declaração de

<sup>43</sup> CF/1988, art. 226, § 8º: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

<sup>44</sup> BRASIL. STF, ADIn 4424, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 01.08.2014.

inconstitucionalidade da previsão, de modo a determinar que, na hipótese, o ilícito se sujeitaria à ação penal pública incondicionada justamente porque somente essa modalidade de ação penal estaria apta a promover a adequada concretização das normas constitucionais em questão.

Constou do dispositivo da decisão que o Tribunal julgava “procedente a ação direta para, *dando interpretação conforme* aos arts. 12, I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal”. É de se notar, contudo, que a solução de atribuir à ação penal o caráter de ação pública incondicionada em hipótese alguma poderia ser extraída do programa normativo dos dispositivos interpretados (o que demonstra a importância da sistematização aqui proposta para o aprimoramento da jurisdição do STF). Confira-se o seu teor:

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I – ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

[...]

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Ao contrário, o conteúdo original do dispositivo, que previa expressamente a ação condicionada à representação da vítima, foi suprimido pela decisão e reformulado, de forma a substituí-lo pela ação incondicionada. Na linha já descrita, a decisão poderia ter sido formulada como um julgado que “declarou a inconstitucionalidade da lei que tratou da persecução penal de ilícitos de violência doméstica contra a mulher, *na parte em que previu o cabimento de ação penal condicionada a representação, em lugar de prever a ação penal incondicionada*”, única apta a promover a adequada tutela dos direitos em questão à luz da Constituição.

## 4 CRÍTICAS ENFRENTADAS PELAS DECISÕES CONSTRUTIVAS

Como antecipado acima, as decisões construtivas (manipulativas) enfrentam múltiplas críticas na doutrina e na jurisprudência. Têm relevância entre elas, para o debate brasileiro, cinco conjuntos distintos de argumentos, relacionados ao respeito: (i) ao princípio democrático, (ii) ao princípio da separação dos poderes, (iii) ao equilíbrio orçamentário, bem como (iv) a argumentos consequencialistas, que debatem os resultados sistêmicos de conferir ao Judiciário o poder de manipular o conteúdo das leis que aprecia. Passa-se, a seguir, ao exame de tais argumentos.

### 4.1 PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Afirma-se, em primeiro lugar, que o recurso, por parte de uma suprema corte, a técnicas de decisão pelas quais se modifica o conteúdo de normas produzidas pelo Legislativo viola o princípio democrático, uma vez que juízes não eleitos pelo voto popular estariam alterando o significado de leis produzidas por aqueles que receberam mandato do povo justamente para produzir tais normas. Observa-se que um mesmo direito previsto na constituição pode comportar concretização por diversas vias, e que sociedades altamente complexas, como as sociedades contemporâneas, tendem a acolher uma multiplicidade de formas distintas de solucionar determinados conflitos de interesse. Por essa razão, apenas representantes eleitos – cujas concepções justamente refletem tal pluralidade de perspectivas e valores – estariam legitimados a fazer tais escolhas<sup>45</sup>.

Quanto a essa primeira crítica, é importante reiterar, como já mencionado, que, de modo geral, aqueles que defendem a utilização de decisões construtivas reconhecem que elas constituem uma alternativa viável para o juiz, *quando for possível demonstrar, argumentativamente, a existência de uma única solução constitucional* para o preenchimento da omissão parcial. A existência de uma solução constitucional obrigatória estará presente, em primeiro lugar, quando

<sup>45</sup> ZAGREBLELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale: oggetti, procedimenti, decisioni*. Bolonha: Il Mulino, 2018. p. 229-257; BLANCO MORAIS, Carlos. As sentenças com efeitos aditivos. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 95-115; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 261-317; BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 160-211.

se puder inferir de regras ou dos princípios constitucionais a presença de uma única solução para a questão, sem que se possa identificar qualquer alternativa<sup>46</sup>.

Também se concebe a possibilidade de utilização de decisões judiciais construtivas quando for possível reduzir as poucas alternativas de solução existentes em tese a uma única, por via argumentativa, demonstrando que as demais alternativas são inviáveis em concreto. Em ambos os casos, a adição corresponderia à declaração pela Corte de um conteúdo que já se encontrava imanente no ordenamento jurídico<sup>47</sup>.

Ambas as decisões indicadas acima, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, parecem atender a esse critério. No caso que versava sobre a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, o Tribunal deveria decidir se a Constituição de 1988 proibia a medida. Ao concluir que a mulher era titular de direitos que lhe permitiam formular essa escolha, não havia outra decisão possível além de autorizar a interrupção. O relator da decisão chega a indicar, em seu voto, a inexistência de qualquer solução terapêutica possível que pudesse permitir a superação da anencefalia ou a morte do feto, indicando, portanto, que a alternativa de buscar tratamento médico para o feto era inverossímil. Já no caso que tratava de ilícito relacionado à violência doméstica, afastada a possibilidade de ação condicionada à representação da vítima, por ser inapta a proteger as mulheres contra a violência doméstica, a única possibilidade que se oferecia para assegurar efetivamente a proteção da mulher em tal âmbito era a previsão de ação pública incondicionada.

<sup>46</sup> ZAGREBLELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale: oggetti, procedimenti, decisioni*. Bolonha: Il Mulino, 2018. p. 229-257; BLANCO MORAIS, Carlos. As sentenças com efeitos aditivos. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 15-115; BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 160-211; SÁ, Fátima. Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 411-468; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 261-317. O último autor parece, contudo, entender que, no caso das decisões substitutivas, sempre se estará diante de um quadro de discricionariedade do legislador, não havendo uma única solução obrigatória. Assim compreende, ao que parece, porque, se realmente houvesse uma solução constitucional latente, esta incidiria diretamente, sem a necessidade da componente reconstrutiva incluída pela Corte (p. 301). Vale ponderar, contudo, que a decisão pode estar latente mas não ser clara ou haver resistência à sua implementação, hipótese em que o acréscimo substitutivo produzido pela Corte desempenha um papel criativo que incrementa o grau de certeza do Direito.

<sup>47</sup> Nesse sentido, MORAIS, Carlos Blanco. *As sentenças intermédias da justiça constitucional*, 2009, p. 33-115.

Há, por fim, quem pondere que, no caso das decisões substitutivas, quando um vácuo normativo gravíssimo é produzido pela declaração de inconstitucionalidade da norma, pode ser justificável que o próprio tribunal supra a norma faltante, ainda que haja mais de uma alternativa constitucionalmente válida, desde que se demonstre, com base no princípio da proporcionalidade, (i) que a providência se justifica, ante os efeitos gerados pelo vácuo normativo, que agravariam a situação de inconstitucionalidade, (ii) que não há medida menos onerosa, à luz das demais normas constitucionais em tensão, e (iii) que não é possível aguardar a manifestação do legislador<sup>48</sup>.

Em tal situação, contudo, defende-se, preferencialmente, sob inspiração da prática alemã, o uso de medidas cautelares transitórias (medidas de necessidade), por meio das quais se evitariam vácuos muito danosos, até que o legislador pudesse se manifestar. A transitoriedade e a espera pela manifestação do legislador, na hipótese, causariam menor restrição a outros princípios constitucionais relevantes, a exemplo do princípio da separação dos poderes, do que uma decisão de mérito pelo tribunal<sup>49</sup>. Essa última hipótese, mais complexa, mereceria um estudo próprio, que extrapola os limites desse trabalho.

De resto, a tensão entre jurisdição constitucional e democracia já foi amplamente debatida literatura, tendo sido demonstrado que existe uma relação de interdependência e de mútua implicação entre ambas. A atuação das Cortes constitucionais presta-se, em diversas circunstâncias, à proteção de direitos fundamentais e de normas que são imprescindíveis para a preservação do adequado funcionamento do processo democrático e que podem ser colocados

---

<sup>48</sup> GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 317. O teste tripartite acima foi formulado pelo autor nos seguintes termos: “É possível, todavia, reparar as inconstitucionalidades que seriam combatidas através do emprego de técnica substitutiva através da aplicação das chamadas medidas de necessidade, desde que superado o exame tripartido: i) a não intervenção criativa da Corte agravaria a inconstitucionalidade; ii) inexistência de movimentação congressual consistente de adotar nova normativa sobre a matéria; iii) as normas produzidas correspondem ao mínimo de criatividade possível”. À parte a hipótese aludida acima, contudo, o autor expressa profundas reservas às sentenças substitutivas, por entender que se inserem, como regra, nas situações em que há múltiplas soluções para a omissão, o que demandaria a atuação discricionária do legislador, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes.

<sup>49</sup> GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 299.



em risco por ações ou omissões das instâncias majoritárias<sup>50</sup>. Nesses termos, ainda que não eleitos, os juízes atuam em proteção à democracia.

#### 4.2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Afirma-se, igualmente, que as decisões aditivas e substitutivas correspondem à produção de norma geral pelo Judiciário, equiparável a uma lei. Ainda que a parte ablativa da decisão pudesse configurar mera atuação como legislador negativo, amplamente aceita pela doutrina, a parte reconstrutiva de tais decisões, que adiciona ou substitui conteúdos, configuraria inequívoca atuação como legislador positivo. Haveria, nesse caso, usurpação dos poderes do Legislativo, violação ao princípio da separação dos poderes e ao princípio da legalidade.

Esses argumentos são rebatidos pela alegação de que, ainda que o Judiciário inove, ao proferir decisões construtivas, o conteúdo decorrente da componente restaurativa da decisão deve sempre equivaler a uma solução constitucional possível – idealmente, aliás, a única cabível. O juiz não produz um ato puro de vontade, tal como faria o legislador, mas explicita uma solução que já estava imanente no sistema. Essa atuação se dá dentro dos limites do exercício da jurisdição: depende de provocação por aqueles que detenham legitimidade para tal, tem por limite os termos em que a demanda é formulada e seu alcance e segue um processo em que se observam contraditório, ampla defesa e devido processo legal. A decisão deve ser fundamentada e, ao se desincumbir

<sup>50</sup> Para uma defesa da legitimidade democrática da jurisdição constitucional sob uma perspectiva substantiva, de proteção a direitos, v. DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 271-331; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 80-103; ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Para o exame da questão por uma perspectiva mais procedimental, v. ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. A theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, p. 73-183; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 297-354. Na literatura nacional, v. BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018; SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. Disponível em: <<https://fabioshecaira.wikispaces.com/file/view/ART.+Sarmiento+-+Ubiquidade+Constitucional.pdf>>; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. Disponível em: <[https://www.academia.edu/11309248/Representa%C3%A7%C3%A3o\\_democr%C3%A1tica\\_do\\_Judici%C3%A1rio\\_reflex%C3%B5es\\_preliminares\\_sobre\\_os\\_riscos\\_e\\_dilemas\\_de\\_uma\\_ideia\\_em\\_ascens%C3%A3o](https://www.academia.edu/11309248/Representa%C3%A7%C3%A3o_democr%C3%A1tica_do_Judici%C3%A1rio_reflex%C3%B5es_preliminares_sobre_os_riscos_e_dilemas_de_uma_ideia_em_ascens%C3%A3o)>.

de tal fundamentação, o Magistrado tem um ônus reforçado de demonstrar a existência de uma resposta obrigatória à luz da constituição<sup>51</sup>. A constituição, a seu turno, também é lei, inclusive de hierarquia superior, razão pela qual uma decisão proferida com base nela não pode ser considerada, tampouco, como violadora do princípio da legalidade<sup>52</sup>.

Por outro lado, argumenta-se, o juiz, uma vez provocado, e diante de uma violação constitucional, ainda que por omissão, não pode pronunciar um *non liquet*. É certo que de tal impossibilidade não decorre necessariamente o poder de suprir a omissão, adicionando ou suprimindo conteúdo à lei. Entretanto, o alcance dos poderes judiciais deve ser definido à luz do direito positivo em que a instituição se insere. Não há um modelo estanque ideal de separação de poderes. No âmbito do direito comparado, há países em que juízes são mais atuantes em termos de decisões construtivas (manipulativas), como a Itália, e outros mais restritivos.

No Brasil, é importante ter em conta que a Constituição Federal previu dois instrumentos distintos – ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção – para o enfrentamento de omissões inconstitucionais. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inicialmente, conferiu o mesmo tratamento a ambos os institutos e concluiu que, nos dois casos, a Corte só poderia declarar a inconstitucionalidade, constituir o legislador em mora e

<sup>51</sup> CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. 4. ed. Pádua: Cedam, v. II, 1978. p. 363-370; ZAGREBLELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale: oggetti, procedimenti, decisioni*. Bolonha: Il Mulino, 2018. p. 229-257; MORAIS, Carlos Blanco. *As sentenças intermédias da justiça constitucional*, 2009, p. 33-115; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*, 2016, p. 261-317; BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 160-211; SÁ, Fátima. Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 411-468.

<sup>52</sup> Há, contudo, consideráveis vezes que afirmam categoricamente a impossibilidade de proferir decisões manipulativas em matéria penal, se forem restritivas dos direitos do réu. V., nesse sentido: BLANCO DE MORAIS, Carlos. *As sentenças intermédias da justiça constitucional*, 2009, p. 107-108; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*, 2016, p. 306-317; SÁ, Fátima. Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 458. Entretanto, a questão não é pacífica. Como reconhece Accioly, existem precedentes da Corte Constitucional italiana e do Supremo Tribunal Federal que proferem decisões que poderiam ser classificadas como aditivas em *malam partem*. O debate específico quanto à matéria penal extrapola os propósitos do presente trabalho, embora mereça aprofundamento.

instá-lo a agir. Entendeu-se, originalmente, que não seria possível ao STF suprir a omissão com a produção da norma, sequer para oferecer uma solução com efeitos limitados às partes<sup>53</sup>.

Com o tempo, contudo, a jurisprudência da Corte avançou em matéria de mandado de injunção, admitindo que, em caso de omissão, o Tribunal criasse soluções que inicialmente produziam efeitos *inter partes*, mas às quais, mais adiante, se passou a reconhecer efeitos *erga omnes*<sup>54</sup>. Mais tarde, esses efeitos foram inclusive regulados por lei<sup>55</sup>. E, recentemente, o STF reconheceu a possibilidade de suprir a omissão legislativa também no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão<sup>56</sup>. Nota-se, portanto, que a jurisprudência do STF admite atualmente sua atuação para suprir a norma faltante, com efeitos gerais e vinculantes, *em caso de omissões absolutas*, em que não houve qualquer manifestação do legislador. Seria surpreendente entender que o Tribunal não pode suprir uma omissão relativa, quando já atuou para suprir omissões absolutas.

O invocado dogma do legislador negativo, segundo o qual uma Corte constitucional poderia apenas suprimir normas do mundo jurídico, mas não poderia lhes acrescentar conteúdo, não encontra verdadeiramente amparo na jurisprudência do STF, que tanto por meio de simples interpretação, quanto por meio de manipulação, desempenha, há muito, uma atividade criativa que contribui para a construção do direito. Nem poderia ser diferente, em um mundo complexo que exige decisões com base em princípios vagos, colisões de normas

---

<sup>53</sup> Para uma evolução do instituto, v. BARROSO, Luís Roberto. *O controle da constitucionalidade do Direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva: 2016. p. 169-191 e 292-320.

<sup>54</sup> Veja-se, a título exemplificativo, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca do direito de greve dos servidores públicos. A própria Corte reconheceu que a decisão prestava-se a suprir a lacuna normativa acerca do exercício do direito de greve para toda e qualquer categoria de servidor, mesmo que distinta das categorias que propuseram o mandado de injunção. V. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 670 e MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, MI 670 e MI 708, DJ 31.10.2008, e MI 712, Rel. Min. Eros Grau, DJ 31.10.2008.

<sup>55</sup> Lei nº 13.300/2016, art. 9º, §§ 1º e 2º.

<sup>56</sup> BRASIL. STF, ADO 26, Rel. Min. Celso de Mello, J. 13.06.2019, acórdão pendente de publicação. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão que tinha por objeto a mora do Congresso Nacional em editar lei criminalizando os atos de homofobia e transfobia. O STF proferiu decisão prevendo que, até que sobreviesse a referida lei, tais atos se ajustariam aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716/1989, configurando racismo, compreendido em sua dimensão social. Tudo leva a crer, portanto, que o antigo entendimento da Corte, segundo o qual a ADO somente se prestaria a reconhecer a mora do legislador e instá-lo a agir, ficou superado.

constitucionais e uso de ponderação. O mito do legislador negativo é tributário de um formalismo que está ultrapassado na compreensão contemporânea do direito constitucional, e que pode, a seu turno, ocultar um comportamento estratégico pelo qual se deseja, de fato, evitar a efetiva concretização de valores constitucionais<sup>57</sup>.

Com essas considerações, obviamente, não se pretende afirmar que o Supremo Tribunal Federal pode atuar sem limites ou que não profere eventualmente decisões que possam desbordar de determinadas fronteiras. O que se pretende demonstrar, apenas, é que não é compatível com o sistema brasileiro descartar toda e qualquer hipótese de interpretação construtiva das leis para sanar meras omissões parciais, em um contexto em que a Constituição, tal como compreendida pela Corte, lhe autoriza a sanar até mesmo omissões absolutas. Se a atuação em tais termos encontra-se consolidada no Tribunal, a crítica à sua atuação e o debate a respeito devem se voltar não para a viabilidade de tal operação propriamente, mas sim para os limites e *standards* que deve respeitar.

Não bastasse isso, a decisão judicial que, em lugar de declarar a inconstitucionalidade total de uma lei, declara apenas a sua inconstitucionalidade parcial e procura adequá-la à Constituição – ainda que disponha de um conteúdo reconstrutivo – procura preservar ao menos parte do regime proposto pelo legislador. Nessa medida, observa o princípio da separação dos poderes, o princípio da presunção da constitucionalidade das normas e promove o máximo aproveitamento das valorações já produzidas pelas instâncias majoritárias.

### 4.3 EQUILÍBRIO ORÇAMENTÁRIO

Afirma-se, igualmente, que decisões aditivas e substitutivas podem gerar custos que não possuem previsão orçamentária<sup>58</sup>. A observação procede, sobretudo, no caso das decisões aditivas de prestação, em que se pode estender o

<sup>57</sup> Para um relato sobre a superação do dogma do legislador negativo pelo Supremo Tribunal Federal, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 159-167.

<sup>58</sup> ZAGREBLELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale: oggetti, procedimenti, decisioni*. Bolonha: Il Mulino, 2018. p. 247-251; BLANCO MORAIS, Carlos. *As sentenças intermédias da justiça constitucional*, 2009, p. 101-102; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*, 2016, p. 302-306; SÁ, Fátima. Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 445-448.

acesso de grupos não contemplados a determinados serviços, mas não se limita a elas. Como já demonstrado, também a preservação dos direitos de primeira geração impõe a manutenção de instituições e de serviços que têm custos<sup>59</sup>.

Quanto ao ponto, vale observar, todavia, que decisões que produzam impacto orçamentário podem ser objeto de modulação temporal para dar tempo ao legislador para promover adequada dotação orçamentária. De resto, alega-se que não há no direito constitucional normas absolutas, de modo que até mesmo esse princípio sujeita-se a ponderação diante de outros valores de igual hierarquia.

Vale, contudo, o registro de que, em um cenário de recursos limitados, toda decisão alocativa será igualmente desalocativa de verbas para outras destinações, circunstância que pode comprometer a adequada implementação de políticas públicas pelas instâncias majoritárias, às quais caberia em primeira mão a sua formulação. É preciso, portanto, cautela na operação com o princípio e seriedade em considerá-lo como um importante limite a ser enfrentado argumentativamente. Parcimônia e consciência das próprias capacidades institucionais são essenciais aqui<sup>60</sup>.

#### 4.4 ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS

Por fim, um conjunto de argumentos consequencialistas é invocado para demonstrar a inconveniência da atuação judicial por meio de decisões construtivas. Afirma-se que a atuação judicial suprime a presença de incentivos que gerariam a mobilização popular necessária para provocar a atuação do legislador. Entende-se que a reiterada substituição da atuação legislativa pela atuação judicial produziria um quadro de perpetuação da mora e de inadimplência do Legislativo<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: Norton & Company, 1999.

<sup>60</sup> V. sobre o tema: BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Jurispr. Mineira*, Belo Horizonte, n. 188, p. 29-60, jan./mar. 2009; SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 553-586; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, Estado de Direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. *Quaestio Juris*, Rio de Janeiro v. 8, n. 3, p. 2080-2114, nov. 2015.

<sup>61</sup> GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*, 2016. p. 261-317; BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das*

Afirma-se, por outro lado, que o Judiciário pode não estar aparelhado da mesma forma que os demais poderes para avaliar as consequências sistêmicas das suas decisões, sobretudo em matérias que demandem expertise técnica<sup>62</sup>. Alude-se, ainda, ao risco de emprego das aludidas técnicas de decisão de forma não sincera pelo Judiciário, com o propósito de impor as preferências e agendas pessoais dos juízes, favorecendo-se uma excessiva politização da justiça<sup>63</sup>.

Quanto ao ponto, vale assinalar que os mesmos riscos parecem estar igualmente presentes na atividade interpretativa de modo geral. Mais uma vez, é importante lembrar, ainda, que o juiz não pode pronunciar um *non liquet*, uma vez chamado a decidir, e que, havendo uma solução constitucional possível, deve efetivá-la. Deve-se salientar a importância de assegurar força normativa à Constituição, que estabelece direitos e deveres dos quais o Legislativo não pode dispor, nem por ação nem por omissão. Não bastassem tais considerações, o Poder Legislativo tem a sua própria agenda e nem sempre ela é convergente com os interesses dos representados<sup>64</sup>. Por fim, grupos minoritários não encontram voz nas instâncias majoritárias e são titulares de direitos constitucionais, não sendo realista esperar que seus direitos sejam contemplados pelo legislador em um contexto de sub-representação nas instâncias políticas.

Por fim, no que diz respeito à expertise necessária a endereçar questões técnicas e a antever consequências sistêmicas, é preciso, de fato, estar atento ao excesso de ambição judicial. Para tanto, além da natural autocontenção dos tribunais, doutrina e jurisprudência devem delinear *standards* restritivos e impor maior ônus argumentativo às decisões emanadas do Judiciário. Um caminho de prudência e diálogo é o do pronunciamento judicial que determine ao Executivo,

---

decisões do STF. Curitiba: Juruá, 2014. p. 160-211; SÁ, Fátima. Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 411-468.

<sup>62</sup> Para o debate acerca do exercício da jurisdição constitucional e capacidades institucionais, v. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, University of Chicago, n. 28, p. 1-48, 2002.

<sup>63</sup> Sobre a inevitabilidade de projeção das preferências pessoais dos Magistrados sobre suas decisões, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 371-378.

<sup>64</sup> Para uma compreensão dos mecanismos pelos quais a vontade dos representantes eleitos pode ser divergente daqueles que os elegeram, v. LAIN, Corinna. Upside-Down Judicial Review. *The Georgetown Law Journal*, v. 101, p. 113-183, 2012. V. tb. BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, p. 24-50, 2015.

por exemplo, apresentar programa de ação e cronograma para tratamento da matéria, em lugar de o próprio Judiciário procurar discipliná-la.

## CONCLUSÃO

A despeito da consolidação do dogma da nulidade das normas inconstitucionais, o ordenamento jurídico brasileiro admite soluções intermediárias, que produzem efeitos que se situam entre a procedência e a improcedência da arguição de inconstitucionalidade. Essas decisões intermediárias implicam uma atuação mais criativa por parte do Judiciário, com o propósito de preservar a validade das leis impugnadas e de adequar o seu conteúdo à Constituição. No que respeita à intensidade com que se dá a atuação criativa dos juízes, o trabalho propôs a classificação das decisões intermediárias em dois tipos distintos:

(i) as *decisões interpretativas* constituem julgados por meio dos quais o intérprete atribui significado à norma, a partir do seu próprio programa normativo, ainda que esse significado não seja o mais evidente. Nesse caso, há atuação criativa do juiz, uma vez que um sentido menos óbvio, em alguma medida, é acrescentado à norma;

(ii) as *decisões construtivas (manipulativas)* são aquelas por meio das quais o intérprete ajusta o significado das normas, adicionando-lhe ou substituindo-lhe conteúdos que não podem ser extraídos diretamente do seu programa normativo. Nessa hipótese, a atuação criativa do juiz é ainda maior, muito embora deva ser justificada à luz do ordenamento jurídico.

No gênero *decisões interpretativas*, enquadram-se as seguintes espécies de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal:

(i) *interpretação conforme a Constituição*: trata-se de técnica de decisão interpretativa por meio da qual:  
(a) se promove a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes; (b) se declara a não incidência da norma a uma determinada

situação de fato; (c) se exclui uma determinada interpretação reputada inconstitucional;

(ii) *declaração de nulidade parcial sem redução de texto*: intimamente relacionada à interpretação conforme, constitui uma técnica interpretativa que implica a exclusão de um determinado significado que poderia ser conferido à lei, por ter sido considerado inconstitucional;

(iii) *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e apelo ao legislador*: técnica de decisão interpretativa e apelativa que pode se dar em três situações distintas: (a) quando a declaração de inconstitucionalidade incide sobre uma omissão total; (b) quando a inconstitucionalidade é reconhecida no âmbito de uma ação direta interventiva (tendo em vista a especificidade deste instrumento); e (c) quando se declara a inconstitucionalidade da lei, mas a sua supressão é postergada, apelando-se ao legislador para que atue, de forma a evitar o vácuo normativo;

(iv) *declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade*: trata-se de decisão interpretativa (e eventualmente apelativa) que, à luz de circunstâncias de fato juridicamente relevantes, mas notadamente em mutação, reconhece que a norma ainda é compatível com a Constituição, dadas particularidades da situação, mas antecipa que, uma vez findo o processo de mutação, a norma terá se tornado inconstitucional, podendo-se instar o legislador a agir antes que isso ocorra.

As *decisões construtivas (manipulativas)*, a seu turno, apresentam as seguintes espécies:

(i) *decisões aditivas*: são decisões construtivas que declaram a presença de uma inconstitucionalidade por omissão parcial – *em virtude do que a norma deixou de prever* – e, para evitar sua invalidação total, adicionam a ela o conteúdo faltante.



(ii) *decisões aditivas de princípio*: trata-se de subespécie de decisão aditiva, por meio da qual, em lugar de adicionar o conteúdo necessário a suprir a omissão parcial, se estabelecem diretrizes e parâmetros para que o legislador ou as demais instâncias o façam, tendo em vista as particularidades dos casos concretos que são chamadas a apreciar.

(iii) *decisões substitutivas*: são decisões construtivas que declaram a inconstitucionalidade de parte de uma norma *pelo que previu*, substituindo a sua porção ilegítima pelo conteúdo que a compatibiliza com a constituição, de forma a evitar um vácuo normativo que seria ainda mais gravoso.

A atuação criativa dos tribunais em tais termos suscita múltiplas críticas, entre as quais se destacam as alegações de que tais decisões – sobretudo as construtivas (manipulativas) – ensejam: (i) violação ao princípio democrático, na medida em que implicam alteração do regime jurídico estipulado pelo legislador (através de adição ou substituição de conteúdo) por juízes não eleitos pelo voto popular; (ii) desrespeito ao princípio da separação dos poderes e ao princípio da legalidade, porque corresponderiam à atuação do juiz como legislador positivo, em usurpação de função atribuída ao legislativo e em desrespeito à lei; (iii) desrespeito ao equilíbrio orçamentário, já que algumas de tais decisões estabelecem direitos e prestações que implicam gastos não previstos no orçamento.

Por fim, a doutrina traz uma série de considerações consequencialistas acerca dos efeitos negativos decorrentes da atuação judicial criativa, como desmobilização da cidadania na busca por direitos no espaço democrático, perpetuação do comportamento inadimplente do legislador, politização da justiça, interferência sobre normatizações que exigem expertise técnica e outros resultados adversos, de caráter sistêmico, que o Judiciário não seria capaz de antecipar.

Essas críticas são enfrentadas, de modo geral, com a ponderação de que o intérprete, ao proferir decisões manipulativas, deve adotar as seguintes cautelas: (i) desincumbir-se de um ônus reforçado de justificação da sua decisão, de modo a reconduzi-la ao ordenamento jurídico; (ii) demonstrar que a solução que se

propõe para suprir a omissão normativa é a *única constitucionalmente possível* ou, havendo soluções alternativas, reduzi-las, argumentativamente, a uma única solução viável, demonstrando que as demais são inverossímeis, incompatíveis com o regime jurídico já posto pelo legislador, sistematicamente menos compatíveis com princípios constitucionais ou desproporcionais; (iii) justificar sua decisão à luz do princípio da proporcionalidade e/ou modulá-la sempre que implicar conflito com outros princípios constitucionais, como o princípio relativo ao equilíbrio orçamentário.

Os temas explorados no presente artigo são relativamente novos e pouco elaborados na teoria constitucional e na teoria da decisão judicial. Encontram-se, portanto, em fase de desenvolvimento, sujeitos a aprofundamento e aprimoramento. Ainda assim, procurou-se oferecer uma arrumação dos conceitos relevantes, investigando limites e possibilidades. Subjacente às ideias aqui expostas está a compreensão do papel da jurisdição constitucional a seguir explicitada. Uma Corte suprema tem o dever de fazer valer a Constituição no máximo de suas potencialidades. Por outro lado, não deve presumir demais de si mesma, desconsiderando a deferência devida aos outros Poderes. Há um equilíbrio dinâmico entre esses dois vetores, que varia em função da conjuntura institucional e da realidade fática. O papel criativo dos tribunais, como quase tudo na vida, deve combinar prudências e ousadias, fazendo o rio da história avançar, mas sem deixá-lo transbordar de suas margens.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, jul./set., p. 55-66, 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: Os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. *O controle da constitucionalidade do Direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, p. 24-50, 2015.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Jurisp. Mineira*, Belo Horizonte, n. 188, p. 29-60, jan./mar. 2009.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. *Revista da AGU*, v. 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016.

BLANCO MORAIS, Carlos. As sentenças com efeitos aditivos. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, p. 15-115, 2009.

BOGDANDY, Armin von; PARIS, Davide. La construcción de la autoridad judicial. *Revista de Derecho del Estado*, n. 43, p. 5-24, maio/ago. 2019.

BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. *Constitutional Courts as Positive Legislators*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2011.

BRUST, Léo. *Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As sentenças manipulativas aditivas: os casos das Cortes constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF. *Revista de Processo*, v. 246, p. 403-427, ago. 2015.

COLAPIETRO, Carlo. *Le sentenze additive e sostitutive della corte costituzionale*. Pisa: Pacini, 1990.

CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. 4. ed. Pádua: Cedam, v. II, 1978.

DI MANNO, Thierry. *Le juge constitutionnel et la technique de décisions interprétatives en France et en Italie*. Paris: Economica, 1997.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HABERMANS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: Norton & Company, 1999.

LAIN, Corinna. Upside-Down Judicial Review. *The Georgetown Law Journal*, v. 101, p. 113-183, 2012.

MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MEYER, Emílio Peluso Neder Meyer. *Decisão e jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos Sociais, Estado de Direito e Desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. *Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 2080-2114, nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. Disponível em: <[https://www.academia.edu/11309248/Representa%C3%A7%C3%A3o\\_democr%C3%A1tica\\_do\\_Judici%C3%A1rio\\_reflex%C3%B5es\\_preliminares\\_sobre\\_os\\_riscos\\_e\\_dilemas\\_de\\_uma\\_ideia\\_em\\_ascens%C3%A3o](https://www.academia.edu/11309248/Representa%C3%A7%C3%A3o_democr%C3%A1tica_do_Judici%C3%A1rio_reflex%C3%B5es_preliminares_sobre_os_riscos_e_dilemas_de_uma_ideia_em_ascens%C3%A3o)>.

ROMBOLI, Roberto et. al. Il processo costituzionale: la tipologie dele decisioni. *Il Foro Italiano*, v. 121, n. 3, p. 143-166.

SÁ, Fátima. Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, p. 411-468, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. Disponível em: <<https://fabioshecaira.wikispaces.com/file/view/ART.+Sarmiento+-+Ubiquidade+Constitucional.pdf>>.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Forum, 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, University of Chicago, n. 28, p. 1-48, 2002.

ZAGREBLELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale: oggetti, procedimenti, decisioni*. Bolonha: Il Mulino, 2018.

Submissão em: 22.08.2019

Avaliado em: 25.08.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 23.08.2019 (Avaliador B)

Aceito em: 26.08.2019

# A OBRIGAÇÃO EM PERSPECTIVA DISCURSIVA (UMA REVISÃO CONTEMPORÂNEA DA OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO)

*THE OBLIGATION THROUGH THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION  
(A CONTEMPORARY INTERPRETATION TO CONCEPTION OF THE  
"OBLIGATION AS A PROCESS")*

**Maria Cláudia Cachapuz<sup>1</sup>**

Doutora em Direito (UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil)

**ÁREA(S):** direito civil; contratos; teoria geral das obrigações.

**RESUMO:** O presente artigo trata do enfrentamento da concepção da relação obrigacional como um processo, polarizado pelo adimplemento, a partir da admissão, pelo Código Civil de 2002, de uma ilicitude objetiva, como prevista no art. 187. Tal enunciado normativo permite que se desfoque a tônica da relação obrigacional de seu fim (o adimplemento) para aquilo que a motiva em uma perspectiva argumentativa pela teoria do discurso jurídico. Ao fundo, observa que o Código Civil de 2002 conduziu a uma alteração significativa da compreensão

da origem das obrigações no sistema e da forma como as obrigações se desenvolvem no âmbito concreto das relações interpessoais.

**ABSTRACT:** *The present article deals with the conception of the "obligation as a process", polarized by the payment, from the admission of an objective illegality, as foreseen in art. 187 of Civil Code. Such a normative statement, allows us to emphasis the motive, and not the payment, as the center of the obligation in an argumentative perspective by the theory of the legal argumentation. In the background, it notes that the Civil Code of 2002 has led to a significant change in the understanding of the origin of the*

---

<sup>1</sup> Professora da UFRGS e do Mestrado em Direito e Sociedade da Universidade La Salle. Magistrada do TJRS. E-mail: mcmcachapuz@tjrs.jus.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3260788695302203>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9976-8890>.

*obligations in the system and of the way in which obligations are developed within the realm of interpersonal relations.*

**PALAVRAS-CHAVE:** teoria geral das obrigações; discurso jurídico; ilicitude civil.

**KEYWORDS:** *civil law; legal argumentation; civil illegality.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A relação obrigacional em seu viés funcionalista; 2 A relação obrigacional em perspectiva discursiva; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 The obligation in a functionalist perspective; 2 The obligation through an argumentative perspective; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

**D**ecorrido tempo suficiente desde a edição do Código Civil de 2002, a ponto de permitir-se uma consolidação jurisprudencial e eventuais mudanças de rumos na interpretação dos institutos civis, é necessário avaliar os caminhos alcançados pelos enunciados normativos na aplicação pragmática trabalhada nos Tribunais e os impactos identificados na tradição doutrinária. Algo que atenda, em certa medida, as diretrizes metodológicas do Código Civil<sup>2</sup> que, seguindo orientação de Martins-Costa<sup>3</sup>, inspira uma forma original de leitura ao intérprete, partindo-se de uma visão aberta à experiência. Trata-se de um Código que deve ser destinado a reger relações civis em uma sociedade culturalmente diversificada e que, portanto, exige respostas flexíveis à realidade plural que se apresenta a partir das particularidades dos indivíduos. Ou seja, é preciso que o intérprete do Código Civil compreenda a gênese crítica<sup>4</sup> ínsita à normatividade que se impõe, de

<sup>2</sup> Esclarece Miguel Reale que o novo Código Civil é marcado pela vinculação a “valores sociais e éticos” (2003, p. 36). Aqui, se remete às considerações preliminares oferecidas por Miguel Reale ao projeto do novo Código Civil brasileiro, em que, junto com os princípios de socialidade e de eticidade, enumera o princípio da operabilidade como fundamento de construção a uma razão prática ao ordenamento jurídico, visando à realização efetiva do direito implicado em concreto (1999, p. 10).

<sup>3</sup> Ver Martins-Costa, 2001 e 2003.

<sup>4</sup> Aqui se considera a importância da interpretação por princípios, pelo fato de que as normas são apenas “discursivamente possíveis”, nunca podendo se afirmar quanto a uma fundamentação definitiva desde sempre. Esse é o espírito informador de uma *gênese crítica*: “No quadro das componentes condicionais de uma norma válida, só podem ser obviamente contempladas as situações que os intervenientes utilizam, de acordo com o estado actual de seus conhecimentos, com a intenção de explicar paradigmaticamente uma matéria que necessite ser regulada. O princípio de universalização tem de ser formulado de modo a não exigir nada impossível; tem de liberar o indivíduo que participa

forma a possibilitar que a norma civil possa se apresentar como um dever-ser capaz de alcançar efetividade jurídica.

Seguindo-se Habermas e Alexy, só se alcança essa gênese crítica adotando-se uma corrente de pensamento materializada a partir de uma ética do discurso<sup>5</sup>. E isso assim se reconhece porque, quando busca descrever o fenômeno jurídico a partir do discurso prático (Habermas, 1991) – e sua versão especial, do discurso jurídico (Alexy, 2012) –, o intérprete do ordenamento jurídico promove um exercício de justificação e aplicação do Direito (Günther, 2004) a partir de uma visão que privilegia o binômio *universalidade-particularidade*. O que norteia a interpretação pelo discurso é tanto a constatação do reconhecimento, *a priori*, de um direito geral de liberdade quanto a possibilidade ampla e aberta a qualquer um de problematizar sobre desejos, opiniões e pretensões.

Nessa medida, só as normas que são aceitas por todos em um discurso prático podem reclamar validade jurídica. Da mesma forma, os efeitos gerados por essas normas, conectados com uma realidade prática – e, portanto, reconhecidos em uma dimensão igualmente material –, devem atender aos

---

na argumentação da atitude de tomar em consideração, logo no momento da fundamentação de normas, o enorme número de situações futuras e completamente imprevisíveis” (Habermas, 1991, p. 137). Ver, ainda, Alexy, 2012, p. 140-141.

<sup>5</sup> Seguindo-se Habermas (1991), identificam-se três correntes atuais de encaminhamento do pensamento filosófico: (i) Corrente de *tradição aristotélica*: retorna à ideia de “causa primeira” (que, em última análise, conduz à ideia de sistema), na medida em que conclui que a faculdade do juízo deve tomar o lugar da razão prática para integrar, desde logo, o conceito que se expõe à análise. Ou seja, exige que a faculdade do juízo se movimente dentro de um horizonte de uma forma de vida completamente aceita a partir de um contexto valorativo – um valor extraído tanto das motivações dos envolvidos quanto da realidade fática e das questões normativas pertinentes. O valor do que é “bom”, do que “prudente”, alcança um significado extremo, reconhecendo-se um conceito de justiça com fundamento teleológico e honorífico (Sandel, 2013, p. 233). A busca é no sentido de exaurir o conceito do direito, *a priori*, de forma que se possa se referir ao conceito, desde logo, em um plano material e abstrato, e submeter a ele o particular; (ii) Corrente de *tradição empírica ou funcionalista*: a razão prática é assimilada na sua porção estritamente empírica. Reduz-se a interpretação ao exercício dos interesses em jogo, permitindo espaço amplo para que se decida de acordo com o fim da conduta em si (um projeto de sociedade, por exemplo), e não com o motivo justificador da atividade. Ao inverso, utiliza o homem como meio, e não como fim, de todo o processo de compreensão da atividade cognitiva; (iii) Corrente de *tradição kantiana*: a razão prática coincide com a moralidade. Só na autonomia é que a razão se une à vontade. A vontade é uma espécie de causalidade – decorrente do fato da razão em si – e a liberdade qualifica essa causalidade como capacidade de agir, independentemente de causas estranhas que a determinem. A liberdade é capaz de ser lei para si mesma, agindo apenas por máximas universalizáveis. Porque, se agisse por máximas empíricas, não seria lei para si mesma, mas atenderia móveis exteriores à sua legislação. A razão prática não é arbitrária, porque a moral impõe que se escolham máximas que, ao mesmo tempo, possam valer como universais.



interesses implicados em concreto, sem abdicar de um teste ético como ponto de partida. Como esclarece Sandel, à luz de uma doutrina de matriz kantiana, “agir livremente não é escolher as melhores formas para atingir determinado fim; é escolher o fim em si” (2013, p. 141). Por isso a preocupação de Habermas de diferenciar a legitimação do Direito pelo processo de uma legitimação instrumentalizada no processo<sup>6</sup>. O que Habermas destaca é que, ao contrário do pretendido em uma visão de base utilitarista, descabe reduzir a reflexão moral “a um cálculo teleológico-racional das consequências” (1991, p. 81).

Para enfrentar o tema relativo às obrigações jurídicas civis – que é central ao Direito Privado –, não há como deixar de enfrentar a premissa cunhada por Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, no seu *Obrigação como processo* (1976, p. 5), de que o “adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim”. Com tal expressão buscou o doutrinador delimitar a exata perspectiva de trabalho pretendida na obra, marcada pela influência da dogmática alemã da época e, especialmente, pelo trabalho de Karl Larenz, no seu *Manual de direito das obrigações* (1954). Seguindo a compreensão de Couto e Silva, a ideia de base é de que o desenvolvimento de toda relação obrigacional, polarizada essencialmente pela ideia de alcance de um fim específico – o adimplemento –, está condicionado por princípios gerais e próprios a cada tipo de obrigação, descabendo que o intérprete jurídico desconheça uma situação concreta de relação jurídica que não esteja marcada por sua dinâmica até a sua extinção. O que pressupõe uma distinção entre os planos de desenvolvimento e de extinção da obrigação: “A concepção de obrigação como processo é, em verdade, somente adequada àqueles sistemas nos quais o nexa finalístico tem posição relevante” (Couto e Silva, 1976, p. 11).

Sob tal perspectiva, pressuposta nos estudos de Couto e Silva para a construção de uma teoria contemporânea ao direito das obrigações no Direito Privado, é que ora se propõe uma revisão à ideia de *processo* daquela trabalhada pela doutrina, em meados do século XX, justamente quando aplicada uma ética de caráter funcionalista – e, por consequência, utilitarista – à matéria obrigacional. A análise que ora se estabelece é relacionada à teste dessa visão de fundo, da qual parte Couto e Silva, de que a obrigação civil é condicionada pelo

---

<sup>6</sup> Nas palavras de Habermas, isso é claro, no âmbito das relações entre privados, quando se examina o próprio conceito de autonomia. Não pode ser a autonomia compreendida como “um conceito distributivo, e não pode ser alcançado individualmente” (2004, p. 13). É sempre, como em Kant, um conceito intersubjetivista, que pressupõe (i) que cada participante individual seja livre, dotado de autoridade epistêmica da primeira pessoa, “para dizer sim ou não” (2004, p. 15), e (ii) que essa autoridade epistêmica seja exercida de acordo com a busca de um acordo racional.

adimplemento, sendo composta, em um sentido mais amplo, essencialmente pelo “conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor” (1976, p. 10) ou daquele indivíduo que se defina em tal posição jurídica em um determinado tempo e espaço.

É fato que a ideia de processo, em Couto e Silva, traça justificativas em um espectro mais amplo que o de simples adimplemento. A base de compreensão, pelo autor, é relacionada, na essência, a uma ideia de finalidade, que tanto pode ser encontrada no aspecto jurídico, junto aos fins pretendidos pela obrigação – e, então, associada à pretensão de satisfação do credor pelo adimplemento<sup>7</sup> –, quanto no aspecto sociológico – que é ponto central da ideia de processo –, vinculada a atos constitutivos de determinados fatos sociais que possam adquirir relevância jurídica (Couto e Silva, 1976, p. 71). Por isso a identificação de diversas “figuras jurídicas em que a finalidade toda compõe o suporte fático” do ato (Couto e Silva, 1976, p. 72), diferentemente de situações negociais mais comuns em que o mesmo não ocorre<sup>8</sup>. De toda sorte, a visão da qual se parte para a análise da relação jurídica obrigacional, segundo Couto e Silva, é, como regra, a de instrumentalização pelo fim obrigacional pretendido – o alcance à pretensão de adimplemento –, sendo este o norte a balizar as atividades desenvolvidas pelos sujeitos de direito no processo obrigacional.

## 1 A RELAÇÃO OBRIGACIONAL EM SEU VIÉS FUNCIONALISTA

A visão utilitarista da ideia de *obrigação como processo* é passível de identificação na doutrina de Couto e Silva em alguns pontos muito específicos de análise, a começar pela vinculação da ideia de fim obrigacional com o conceito de adimplemento. E isso parte de um exame da separação de planos proposta às fases de nascimento, de desenvolvimento e de adimplemento das obrigações. De pronto, antecipa-se que, mesmo no Direito alemão, onde essa separação é absoluta, não há que se falar em manifestação estanque da relação obrigacional.

<sup>7</sup> Couto e Silva não afasta, contudo, a possibilidade de reconhecimento de uma pretensão de finalidade relacionada à causa da obrigação – portanto, identificada na fase de sua constituição –, compreendida como elemento justificador de uma atribuição patrimonial. Referindo-se ainda ao Código Civil de 1916, sustenta que o ordenamento jurídico brasileiro teria adotado “posição intermediária, ao fazer depender a eficácia da tradição à do negócio jurídico antecedente” – pressupondo uma separação relativa dos planos dos direitos obrigacionais e dos direitos reais –, “princípio este que a jurisprudência estendeu à transferência de imóveis para transcrição” (Couto e Silva, 1976, p. 52).

<sup>8</sup> O exemplo oferecido por Couto e Silva é em relação aos contratos de trabalho, aos contratos de prestação de serviço de natureza específica ou técnica, aos contratos de sociedade e, principalmente, àqueles associados à prestação de obrigações de meio, e não de resultado (1976, p. 72).

Como referido na doutrina de Karl Larenz, “*la relación de obligación no solo como lo hace la ley, es decir, com la relación de prestación aislada, sino como una relación jurídica total, fundamentada por un hecho determinado y que se configura como una relación jurídica especial entre las partes*” (1954, p. 39). Há, portanto, uma compreensão de que toda a relação obrigacional, mesmo quando analisada didaticamente pela separação de planos, deve sempre ser vista em sua dimensão complexa, a abarcar não apenas os vínculos essenciais que a constituem, mas igualmente os deveres assessórios que derivam da própria relação obrigacional estabelecida – assim, os deveres de boa-fé cooperação e confiança estabelecidos em concreto<sup>9</sup> –, com vista à garantia de alcance do fim obrigacional.

Para a compreensão da divisão do processo da obrigação em planos distintos, é fundamental que se parta da análise de pretensões promovida no Direito alemão a partir do próprio alcance da declaração de vontades exigida para cada momento ou fase da relação obrigacional. E, no caso, para que se possa igualmente estabelecer diferenças na análise dos planos entre a divisão de fases obrigacionais proposta no Direito alemão e no Direito brasileiro. Isso porque, enquanto no ordenamento jurídico alemão a separação de planos entre o momento da formação/desenvolvimento e o momento da extinção da obrigação é absoluta – eis que igualmente distinta é a necessidade de emissão de declarações de vontade para cada um desses momentos, no direito brasileiro, essa separação é apenas relativa.

É possível, por óbvio, que tais momentos – da formação e da extinção da obrigação – sejam coincidentes em um grande número de negócios jurídicos estabelecidos, sem que nisso resida uma maior dificuldade de encontrar-se no sistema posto a solução para determinado conflito concreto em análise. No entanto, em atos jurídicos que demandem maior complexidade de análise – e mesmo no caso de aspectos de forma –, no Direito alemão, é fundamental que haja uma declaração inicial de vontade no sentido do estabelecimento da relação obrigacional (§ 433 do Código Civil alemão) e outra declaração de vontade

---

<sup>9</sup> Veja-se que, em Couto e Silva, esses conceitos aparecem igualmente relacionados a uma finalidade do negócio jurídico pressuposto, manifestando-se como “máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constituiu” (1976, p. 29). À base de uma premissa sociológica, ordenam-se por graus de intensidade, “dependendo da categoria dos atos jurídicos a que se ligam. Podem, até, constituir o próprio conteúdo dos deveres principais, como nas hipóteses, já mencionadas, da gestão de negócios ou da fidúcia, ou ainda expressarem-se como deveres duradouros de fidelidade, abrangendo e justificando toda a relação jurídica, como no contrato formador da relação de família” (Couto e Silva, 1976, p. 31).

específica para o momento do adimplemento – este, portanto, situado no plano dos direitos reais (§ 929 do Código Civil alemão). E isso assim ocorre porque é nesse plano em que restará efetivada a transferência da propriedade, em que pressuposta outras duas fases específicas de manifestação de vontade: a efetiva entrega da posse da coisa e a realização de um acordo sobre a transferência da propriedade (§ 929 do Código Civil alemão). Para que esta se efetive, apresenta-se como necessária a pretensão de emissão de uma nova intenção declarada para a concretização desse adimplemento – ou desse momento de adimplir –, só havendo, como apontado por Jan Schapp, “transferência no conjunto” (Schapp, 2006, p. 103)<sup>10</sup>. Disso decorre a preocupação de Clóvis do Couto e Silva, no Direito brasileiro, com a questão do adimplemento como polarizador da ideia de obrigação como processo. É que, como apontado pelo doutrinador, aqui se “adota posição intermediária ao fazer depender a eficácia da tradição à do negócio jurídico antecedente” (1976, p. 52).

As consequências extraídas de tal distinção de planos e dos tratamentos diferenciados nos respectivos ordenamentos jurídicos permitem uma compreensão igualmente distinta em relação ao tratamento aguardado para a extinção da relação obrigacional e do negócio jurídico como um todo. Enquanto no Direito alemão é possível distinguirem-se pretensões distintas para a referência de causas de nulidade a cada uma das fases ou planos da relação obrigacional, o ordenamento jurídico brasileiro, ao adotar declaração de vontade única no momento da conclusão do negócio jurídico, impõe soluções diversas em face do alcance do defeito do negócio jurídico ou da impossibilidade de cumprir por uma perturbação superveniente da prestação após o momento de formação do contrato. Ou seja, tanto pode ocupar-se – a partir de uma mesma declaração de vontade emitida – com pretensões no campo da validade do negócio jurídico

---

<sup>10</sup> Schapp reconhece-se, à luz do Direito alemão, pretensões distintas em termos obrigacionais entre o momento da formação ou de conclusão do negócio jurídico e de seu adimplemento: “A conclusão de um contrato de compra e venda representa, assim, apenas a primeira fase de todo o ato cotidiano, que o leigo jurídico normalmente designa com a expressão compra e venda. As pretensões jurídico-obrigacionais fundamentadas através do contrato de compra e venda precisam ainda – em uma segunda fase – do cumprimento. Com isso levanta-se a questão da configuração da *fase de cumprimento*” (2006, p. 103). Na fase de cumprimento, portanto, são exigidas outras condutas dos contratantes, relacionadas tanto à efetiva entrega da coisa (coisas móveis) ou transferência da propriedade (coisas imóveis) quanto a um acordo dos contratantes com a transferência da propriedade: “Este acordo é um contrato, no sentido referido no *Allgemeiner Teil* do BGB; ele é realizado, portanto, segundo o § 151 S. 1 1ª parte da frase, pelo fato de que uma das partes faz á outra uma proposta de contrato, e a outra parte aceita esta proposta” (Schapp, 2006, p. 104).

– assim, em relação ao problema de capacidade ou do objeto ilícito –, quanto preocupar-se com os reflexos de pretensões no campo da eficácia jurídica, especialmente quando identificadas perturbações supervenientes à conclusão do negócio jurídico, capazes de conduzir a um descumprimento contratual.

Há, contudo, aproximações entre os ordenamentos jurídicos em relação ao tratamento dispensado no momento do adimplemento. Tal reside na compreensão de que o adimplemento ocorre, justamente, no campo das relações de direitos reais, em que identificada uma disposição de pretensão diversa em relação a seu conteúdo, capaz de gerar oposição por meio de ação reivindicatória em relação ao próprio bem – no caso da compra e venda, por exemplo. No Direito brasileiro, a solução resolutória é oferecida como escolha possível, ao lado de uma pretensão de cumprimento, a quem se encontre em uma posição favorável de titularidade de um crédito (art. 475 do CC), independentemente do prejuízo apurável por meio de uma pretensão indenizatória no campo obrigacional. Situação, de resto, também não afastada no Direito alemão, inobstante a exigência de existência de uma declaração de vontade específica na fase do adimplemento, pressupondo-se nesse plano a existência de um contrato real.

Pontes de Miranda (2000) permite que se alcance a conclusão de que é justamente o caráter unitário da declaração de vontade que, em relação ao pagamento – portanto, no plano dos direitos reais –, autoriza a visualização de uma figura jurídica aproximada a de um ato-fato jurídico. Não se fala em validade do pagamento, de forma que possa ser conduzido a uma nulidade. Ou é pagamento, ou não é. Ou produz efeitos, ou não produz. Justamente porque não exigida nova declaração de vontade dirigida à realização do adimplemento no ordenamento jurídico brasileiro, o pagamento produz seus efeitos no campo exclusivo dos direitos reais e, nessa medida, deve ser considerado como um ato-fato para a verificação de efeitos no campo da extinção das obrigações. Couto e Silva, porém, não afasta a possibilidade de que se identifique uma espécie de declaração de vontade tácita em relação ao adimplemento. Esta deve ser pressuposta pela compreensão de que toda a obrigação se faz polarizada pelo adimplemento, ainda que exista, unicamente, uma “dimensão psicológica” a tanto (Couto e Silva, 1976, p. 57). Segundo o autor, “a declaração de vontade que dá conteúdo ao negócio dispositivo pode ser considerada como co-declarada no negócio obrigacional antecedente. [...] Na vontade de criar obrigações insere-se

naturalmente a vontade de adimplir o prometido” (Couto e Silva, 1976, p. 57). A justificativa, para o autor, reside no fato de que, não fosse assim, “o negócio jurídico não teria as condições mínimas de seriedade que o Direito exige” (Couto e Silva, 1976, p. 57). Daí a conexão realizada pelo autor entre finalidade, adimplemento e causa do negócio jurídico, de forma a compreender que todo o conjunto de atitudes dos contratantes é tendente ao adimplemento, e, nessa perspectiva, justificado em um sentido de utilidade ao negócio jurídico.

A questão central a ser enfrentada, à luz das disposições normativas gerais propostas pelo Código Civil de 2002, diz respeito a como compreender essa visão polarizada por um fim específico – a satisfação do credor – a partir do estabelecimento de enunciados normativos inéditos no ordenamento jurídico brasileiro e que desafiam, sobremaneira, a ideia de instrumentalização da obrigação no processo. Especialmente quando analisado o alcance do disposto no art. 187 do Código Civil, em que prevista situação de ilicitude objetiva, capaz de gerar fontes obrigacionais distintas, com uma tônica de alcance funcional da obrigação não fundada, necessariamente, na ideia de adimplemento.

## 2 A RELAÇÃO OBRIGACIONAL EM PERSPECTIVA DISCURSIVA

Em matéria obrigacional, todo o sistema das fontes obrigacionais sofreu impacto relevante a partir do Código Civil de 2002. Na medida em que o enunciado normativo proposto pelo art. 187 permitiu a constituição de situações de ilicitude pelo exercício excessivo de um direito – no que lembra, é fato, a disciplina clássica do instituto do abuso de direito<sup>11</sup> –, independentemente da verificação dos pressupostos da culpa e do dano, impôs que se alterasse, de forma significativa, a compreensão da origem de obrigações no sistema e da forma como essas obrigações se desenvolvem no âmbito concreto das relações interpessoais. No caso, para compreender que o motivo justificador dessas obrigações – e, por consequência, do porquê são originadas – não corresponde especificamente à satisfação dos interesses da parte credora para fins de adimplemento. O enunciado normativo do at. 187 coloca em evidência o fato de que talvez não se possa mais identificar a polarização da obrigação em face de

<sup>11</sup> No caso, a preocupação extraída da norma de exercício excessivo de um direito, não obstante o fato de que o instituto clássico do abuso de direito se ocupasse do uso indevido de determinadas “permissões que a titularidade de um direito (em especial do direito de propriedade) implica” (Atienza e Manero, 2014, p. 32), a exigir culpa e efetivo dano na prática de um ato com espírito emulativo.

sua finalidade – o que anteciparia uma premissa de utilidade à interpretação –, e sim frente à sua causa justificadora, o motivo da sua existência – o que conduz à adoção de uma premissa discursiva, em que a disposição sobre qualquer conceito jurídico se estabelece de forma ilimitada *a priori*; portanto, sem restrições (ou configurações) desde logo.

Para que se possa extrair tal conclusão, é necessário compreender que se parte de uma ética diversa para fins interpretativos. Ou seja, não se reconhece, como pressuposto de análise, que a obrigação tenha por escopo atingir necessariamente um adimplemento. Este representa uma das fases do processo obrigacional, mas não, por definição, aquela que justifica a existência do vínculo jurídico ou mesmo que condiciona a sua existência. É possível que uma determinada obrigação seja gerada, nos termos do art. 187 do Código Civil, como produto da necessidade de compatibilizar-se o exercício de liberdades colidentes (Cachapuz, 2006, p. 168-173), determinando-se um fazer ou um não fazer específico. Tal obrigação só existirá porque identificado – em concreto e a partir de uma ponderação de direitos subjetivos jusfundamentais – o exercício excessivo de um direito<sup>12</sup>. Se não existir qualquer pretensão de oposição por parte de quem se veja atingido pelo exercício de uma liberdade de terceiro, não há que se identificar, da mesma forma, qualquer necessidade de interferência institucional para o reconhecimento de vínculo obrigacional que imponha a restrição a um direito subjetivo.

A interpretação discursiva parte da análise normativa do que resta pressuposto no art. 187 do Código Civil atual, onde prevista constituição de hipótese de ilicitude inédita em termos comparativos a outros sistemas jurídicos<sup>13</sup>. Aproxima-se da ideia de Pontes de Miranda para o ato ilícito *lato sensu*, relacionado à ideia de violação a um direito absoluto (2000, p. 244) – como

---

<sup>12</sup> O mesmo aparece na doutrina de Martins-Costa, quando se refere a um “exercício disfuncional de direitos e posições jurídicas” (2015, p. 252).

<sup>13</sup> Veja-se que, no Direito espanhol, o instituto do abuso de direito é previsto no art. 7.2 do Código Civil, exigindo “intenção de seu autor” e “dano para terceiro”. Daí o trabalho de construção doutrinária de Atienza e Manero no sentido da caracterização de hipóteses próximas de ilícitos atípicos (2014, p. 31-55). No Direito alemão, o § 826 do Código Civil prevê ilicitude por dano causado de forma dolosa contra os bons costumes. A aproximação de uma pretensão de defesa em sentido contrário ao exercício excessivo de um direito de liberdade encontra-se defendida pela doutrina (Schwabe, 2012, p. 102-105; Schapp, 2006, p. 95) na combinação dos §§ 227 (sobre legítima defesa) e 1.004 (sobre pretensão de cessação ou de omissão à prática excessiva de um direito, ainda que no âmbito das direitos de propriedade).

no âmbito de um direito de personalidade ou de propriedade, segundo o autor –, muito embora não se possa mais partir, por definição, da ideia conceitual de que existam direitos absolutos<sup>14</sup>. Ou seja, independentemente de culpa e mesmo da efetiva ocorrência de um dano – pode haver apenas a probabilidade de uma ocorrência deste, que é justamente o que se quer evitar –, compreende-se a oportunidade de restrição a direito subjetivo, porque identificada uma situação de ilicitude a partir da resistência justificada ao exercício de uma liberdade. Portanto, pressupõe-se, por princípio, a manifestação de pretensão de defesa suficiente – e fundada em equivalente liberdade – a impedir, em sentido contrário, o pleno exercício de um direito subjetivo. Essa restrição não se estabelece *a priori* no sistema jurídico, mas se justifica na medida proporcional de exame da pretensão de defesa ou de resistência a esse direito que possa ser oferecida em sentido contrário. E, obviamente, na medida em que essa resistência se justifique, por razões sérias e suficientes, como precedente ao exercício de uma liberdade em conflito. O art. 187 do CC brasileiro, portanto, em muito se aproxima da ideia de representação de uma ponderação acerca de direitos jusfundamentais, por meio de uma cláusula de subsidiariedade jurídico-fundamental, como exposta por Schwabe, ao analisar a influência dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado (2012).

O que interessa, de forma específica, para o âmbito do estudo da ideia de processo obrigacional, é justamente o que se extrai como consequência, no esquema referido, da limitação ou retirada de direitos de alguém ou da configuração de direitos desse mesmo sujeito no âmbito das relações entre privados. Porque, obviamente, dessas restrições ou configurações serão extraídas obrigações – geralmente de fazer ou não fazer, caso não identificado um dano concreto – que constituirão fontes obrigacionais específicas no âmbito do Direito Privado. E, de regra, obrigações que não estejam polarizadas por uma ideia de adimplemento – pelo cumprimento de um negócio jurídico específico –, e, sim, voltadas a uma pretensão de correção de rumos quanto ao exercício de determinado direito subjetivo.

Assim, é possível se compreender que a cláusula geral do art. 187 do CC, para além das situações de geração de obrigações fundadas em atos ilícitos

<sup>14</sup> Nesse sentido, Alexy, 2001, p. 286-291, quando trata da discussão sobre a garantia do conteúdo essencial de direitos como restrição às restrições a direitos.



originários – para os quais inexistam um vínculo jurídico prévio entre os sujeitos de direito –, permite igualmente reconhecer o estabelecimento de obrigações decorrentes de atos negociais, em que a tônica da discussão jurídica proposta não esteja fundada em uma pretensão de cumprimento do contrato, e, sim, entre outras hipóteses, em uma pretensão de reequilíbrio das posições jurídicas assumidas pelas partes contratantes. Algo próximo da ideia de um “ilícito nulificante”, identificado por Pontes de Miranda mesmo antes do Código Civil atual (2000, p. 245), em que se observa uma deficiência do suporte fático do ato negocial após a configuração do vínculo jurídico, mas sem o estabelecimento de uma resposta no campo da validade pelo próprio ordenamento jurídico.

Exemplificativamente, é o que se poderia alcançar na combinação dos enunciados normativos dos arts. 187 e 423 do Código Civil, quando se trate de hipótese de ambiguidade ou contradição de cláusulas estabelecidas em contratos de adesão. A solução prevista no âmbito das relações civis – de forma diversa, portanto, da resposta no campo das invalidades, como apontada no Código de Defesa do Consumidor ou mesmo para situação bastante específica do Código Civil referentemente aos contratos de adesão (art. 424) – segue relacionada à oportunidade de adoção de interpretação mais favorável ao aderente (art. 423). Esta, para que permita um controle suficiente da atividade jurisdicional – e, portanto, que não seja obra de uma discricionariedade do intérprete –, deve corresponder aos parâmetros externos de teste da conduta das partes, como implicada em concreto, a partir do que segue disposto no art. 187 – ou seja, fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes. São esses os elementos externos que servirão de baliza para a interpretação do caso em análise, descabendo um juízo arbitrário por parte do intérprete. Trata-se de atividade de interpretação que tenderá, na medida da adequação, necessidade e proporcionalidade evidenciadas para o caso – portanto, não importando, necessariamente, em invalidação total da cláusula contratual estabelecida em contrato de adesão –, a uma possibilidade de restrição do que fora aceito quando da conclusão do negócio jurídico, justamente porque identificada ausência de consenso subjetivo em face de equivocidade para a compreensão da matéria contratual<sup>15</sup>. Nessa medida, a autonomia dos contratantes não se vê afrontada pela interferência externa, mas confirmada, em uma medida proporcional, à necessidade de reequilíbrio

---

<sup>15</sup> A propósito do tema sobre interpretação e integração ou correção do negócio jurídico que apresente lacunas de compreensão ou defeito jurídico, ver Betti, 2000, p. 279-300.

das posições jurídicas desempenhadas pelos contratantes no negócio jurídico específico sob análise.

Desde que exista pretensão doutrinária de potencializar um direito geral de liberdade<sup>16</sup> (Alexy, 2001, p. 331-380) e de compreender que os conceitos jurídicos devem estar abertos à experiência jurídica, cumpre que se confira força ao conceito de ilicitude como proposto de forma ampla no art. 187 do CC, identificando nele fonte de obrigações civis, não restritas por uma premissa de cunho utilitarista<sup>17</sup>. No caso, não exclusivamente fonte de uma obrigação indenizatória, para a qual se exige, além do ilícito, a ocorrência de um dano contratual ou extracontratual (arts. 389 e 927 do CC). Mas, inclusive, fonte de obrigação civil que resulte em tutela de natureza diversa, seja de caráter inibitório, seja de caráter mandamental.

A preocupação primordial com o equilíbrio de posições jurídicas entre os sujeitos da relação obrigacional, ademais, é disposição normativa que retorna em outras normas do Código Civil de 2002, desafiando a lógica proposta por Couto e Silva com relação à tônica conferida ao adimplemento no processo obrigacional, principalmente quando identificadas situações de perturbações à prestação obrigacional. Assim, no capítulo que trata da onerosidade excessiva (arts. 478 a 480), que expressamente reproduz comandos de atuação ao intérprete para que

<sup>16</sup> A dimensão de liberdade, aqui, é conexa à ideia de autonomia kantiana, em que exigida reciprocidade pela atuação conforme aos imperativos de universalização do comportamento e de trato das pessoas como fins em si mesmas. Na matéria negocial, isso é traduzido pela possibilidade de correspondência entre a causa do negócio e a causa particular projetada ao interesse de atuação, conforme um comportamento típico. Conforme Betti, *“la intención práctica - ya se vio - es a la voluntad del acto como una voluntad-fin, es a la voluntad-medio en virtud de la cual actúa; como nexo lógico y psicológico entre una y otra voluntad funciona la conciencia del contenido y significado del acto. En realidad, quien tiene la plena conciencia del significado social de un acto que quiere y realiza, quiere por lo mismo, normalmente, también el que es resultado práctico del acto en el ambiente social”* (2000, p. 167). Isso assegura, na doutrina de Betti, o elemento de reciprocidade que permite desafiar o efeito típico negocial, previsto no ordenamento jurídico - e que, portanto, garante segurança jurídica aos contratantes -, possibilitando o estabelecimento de vínculos contratuais atípicos, marcados, predominantemente, pelo consenso alcançado pelos contratantes. Mas, obviamente, tal depende da interpretação possível ao conceito de autonomia de onde se parte para fins interpretativos.

<sup>17</sup> Não se pode exigir do ordenamento jurídico - sob pena de fechar a estrutura normativa à própria ideia de diversidade cultural - que deduza de casos hipotéticos uma premissa jurídica universal. A pretensão deve ser, ao contrário, a de permitir que o conhecimento empírico contribua, pela experiência jurídica trazida em concreto, à universalidade, mas não que a determine. Como sustenta Alexy, *“el método empírico toma la praxis existente como medida de lo racional: el definitorio es, en fin de cuentas, arbitrario; y el pragmático-universal sirve, en mejor de los casos, para fundamentar pocas reglas fundamentales”* (1997, p. 183).

encaminhe solução jurídica à correção do sinalagma contratual, reestruturando o vínculo estabelecido. Também em casos de afetação do equilíbrio das prestações, como na exceção de contrato não cumprido (art. 477), em que a solução prevista no Código Civil é a de paralisação da relação obrigacional, sem, necessariamente, restar estabelecida uma solução específica no sentido do término da relação obrigacional, pelo cumprimento ou pela resolução do negócio jurídico.

Para além das situações de correção do vínculo previamente estabelecido entre indivíduos – o que remete a uma preocupação, em primeiro lugar, com o sinalagma da relação obrigacional decorrente de vínculos negociais, e não especificamente com o seu fim –, é em outra situação de geração de fonte obrigacional distinta que se acaba por desafiar, especificamente, a ideia de que o adimplemento polariza a obrigação. Assim, no caso das situações de enriquecimento sem causa, em que a obrigação restituitória nasce não da observância estrita de um vínculo específico entre os sujeitos – este pode ou não existir, como na dedução possível do art. 885 do Código Civil –, mas da constatação de um deslocamento injustificado de patrimônio que não se sustenta em causa suficiente. Não há, portanto, preocupação com o ato de adimplir, nem, tampouco, é este que justifica o surgimento de uma obrigação. A restituição, como instituto residual para a hipótese de enriquecimento sem causa (art. 886), é originária da ausência ou da perda de um motivo suficiente ao deslocamento de um patrimônio, justamente porque não identificada causa geradora à circulação de bens. Por isso a oportunidade de construção de uma solução jurídica que não se encontre, necessariamente, atrelada, no plano das obrigações, a um sentido de adimplemento, e sim de restauração da realidade anterior à de vínculo estabelecido por um deslocamento patrimonial injustificado.

## CONCLUSÃO

Nessa revisão que se propõe a ideia de processo obrigacional cunhada, na doutrina brasileira, por Couto e Silva não se desconhece o peso que o adimplemento exerce sobre a dinâmica de operabilidade das relações obrigacionais. Tal é visível pela própria estrutura mantida pelo Código Civil de 2002 em relação à normatividade anteriormente existente e sobre a qual restou identificada uma visão de caráter utilitarista em meados do século XX.

Também não se deixa de observar a cautela do autor em relação a uma preocupação de flexibilização do sistema de fontes – e, no caso, de fontes

obrigacionais –, de forma que o sistema jurídico não se esgote “com o mero exercício dos axiomas lógico-formais” (Couto e Silva, 1976, p. 78), nem se esvazie pelo raciocínio casuístico – na aplicação de um conceito hegeliano de “concreto-geral” ou de recursos da tópica (Couto e Silva, 1976, p. 79)<sup>18</sup>. O que se aponta é a necessidade de que se repense a ideia de processo obrigacional a partir de um sentido argumentativo, de forma que se possa efetivamente potencializar soluções mais amplas oferecidas pelo Código Civil de 2002 – portanto, posteriores à doutrina de Couto e Silva – que desafiam uma lógica de instrumentalização da obrigação no processo e o próprio sentido predominante de utilidade.

Quer-se, em complemento, reconhecer que o processo obrigacional, por toda a sua dinâmica estabelecida a partir de uma interpretação (i) por princípios, (ii) pelo reconhecimento de operabilidade por meio de cláusulas gerais, (iii) pela pressuposição de relações complexas, (iv) pela construção de um sistema de fontes normativas flexível e dependente de argumentação, implica em uma abertura discursiva, em que mais relevante que o fim específico pretendido pelos sujeitos – no caso, a utilidade do vínculo – é o motivo conferido aos vínculos que se estabelecem e que, nessa medida, justificam a existência de obrigações.

O que deve legitimar o reconhecimento da obrigação não é a sua instrumentalização como processo – o que atende, no extremo, a uma “maximização da utilidade” (Sandel, 2013, p. 171) –, e, sim, o reconhecimento de que o processo serve como estrutura de teste e justificação do binômio universalidade-particularidade, mas não se traduz, necessariamente, como seu sistema de esgotamento. Na mesma conformação da ideia do discurso prático, “é visto como uma forma exigente de formação argumentativa da vontade, que [...] deve garantir, unicamente em função de pressupostos gerais [...] a correção (ou justiça) de todo o consenso normativo possível sob essas condições” (Habermas, 1991, p. 17).

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. 2. ed. Madrid: CEPC, 2012.

<sup>18</sup> Martins-Costa, em paralelo à adoção de uma teoria da argumentação jurídica, propõe, mais recentemente, no âmbito do Direito Privado, um “novo pensamento sistemático”, em uma conjugação entre o pensamento tópico e o pensamento sistemático por meio de cláusulas gerais. Ver, Martins-Costa, 2015, p. 179-194.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la argumentación jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2001.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos*. Madrid: Marcial Pons, 2014.

BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro*. Uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, t. I, 1958.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

\_\_\_\_\_. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, out. 2001.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Campinas: Bookseller, t. II, 2000.

REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. *O projeto do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANDEL, Michael J. *Justiça*. O que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SCHAPP, Jan. *Metodologia do direito civil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao direito civil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.

SCHWABE, Jürgen; DÜRIG, Günter; NIPPERDEY, Hans Carl. *Direitos fundamentais e direito privado*. Textos clássicos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012.

Submissão em: 28.01.2019

Avaliado em: 19.05.2019 (Avaliador C)

Avaliado em: 19.06.2019 (Avaliador D)

Aceito em: 13.08.2019



# PERSPECTIVAS DO USO DE GEOTECNOLOGIAS PARA A PROMOÇÃO DA SUSTENTABILIDADE/PRESERVAÇÃO AMBIENTAL NA AMAZÔNIA LEGAL

*THE USE OF GEOTECHNOLOGIES FOR THE PROMOTION OF SUSTAINABILITY/ENVIRONMENTAL PRESERVATION IN THE LEGAL AMAZON*

**Mônica Mota Tassigny<sup>1</sup>**

Professora Dra. Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (UNIFOR, Fortaleza/CE, Brasil)

**Cezar Luiz Bandiera<sup>2</sup>**

Doutorando em Direito Constitucional-Dinter (UNIFOR/CIESA, Manaus/AM, Brasil)

O mundo Amazônico não poderá ficar isolado ou alheio ao desenvolvimento brasileiro e internacional, porém ele terá que se autossustentar em quatro parâmetros e paradigmas fundamentais:

isto é, ele deve ser economicamente viável, ecologicamente adequado, politicamente equilibrado e socialmente justo.

(Benchimol, 1992)

---

<sup>1</sup> Graduação em Educação (1986). Mestrado em Educação pela Universidade Federal do Ceará (1994). Doutorado em *Socio-Economie du développement* - Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales (2002). Doutorado em Educação pela Universidade Federal do Ceará (2002). *E-mail*: monica.tass@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/4109325305631925>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9483-0547>.

<sup>2</sup> Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Manaus do Estado do Amazonas. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (1977). *E-mail*: [cezar.bandiera@gmail.com](mailto:cezar.bandiera@gmail.com). Currículo: <http://lattes.cnpq.br/8343690898767109>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9102-8794>.



**ÁREA(S):** direito ambiental; sustentabilidade.

**RESUMO:** Amazônia Legal é uma área que engloba nove estados brasileiros pertencentes à Bacia amazônica na qual ocorrem as vegetações amazônicas. Com base em análises estruturais e conjunturais, o governo brasileiro, reunindo regiões de idênticos problemas econômicos, políticos e sociais, com o intuito de melhor planejar o desenvolvimento social e econômico da região amazônica, em outras palavras, promover um desenvolvimento sustentável, instituiu o conceito de Amazônia Legal, o que equivale a dizer, primordialmente, manter a floresta viva e em pé. A atual área de abrangência da Amazônia Legal corresponde à totalidade dos estados do Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins e parte dos estados do Mato Grosso, Maranhão (a oeste do meridiano de 44° de longitude oeste) e Goiás, perfazendo uma superfície de, aproximadamente, 5.217.423 km<sup>2</sup>, correspondente a cerca de 61% do território brasileiro. Sua população, entretanto, condiz a 12,32% do total de habitantes do Brasil, o que corresponde a uma população de, aproximadamente, 25 milhões de habitantes no lado brasileiro. Ocorre que, ainda hoje, nesta porção do território nacional, denominada de Amazônia Legal, verifica-se a existência de precárias condições de controle de ocupação humana, da vasta extensão das terras desabitadas, com extraordinário potencial em seu bioma biológico, ainda escassas, precárias e desconexas políticas públicas a evidenciar o caráter não prioritário do efetivo controle territorial da Amazônia Legal, a par da histórica carência de recursos destinados às práticas científicas. A ausência de controle efetivo sobre a Amazônia Legal acaba deixando a região vulnerável tanto à exploração predatória, como à implementação de sistemas econômicos escusos ao desenvolvimento da região, sobretudo em relação às populações tradicionais que lá habitam. Portanto, este artigo pretende caracterizar, por meio de pesquisa exploratória de abordagem qualitativa, de fontes bibliográfica e documental, a promoção de sustentabilidade como resultado, e, afirma-se, só será possível correlacionada a mecanismos de controle territorial quanto à ocupação humana, exploração agroflorestal e hídrica, com o estabelecimento de políticas públicas integradas, nas quais seja priorizada a utilização de satélites próprios nacionais, em razão da relevância econômica, social e estratégica da Amazônia Legal para a nação brasileira.

**ABSTRACT:** *Legal Amazon is an area that encompasses nine Brazilian states belonging to the Amazon Basin in which Amazonian vegetation occurs. Based on structural and conjunctural analyzes, the Brazilian government, bringing together regions of similar economic, political and social problems, with the purpose of better planning the social and economic development of the Amazon region, in other words, promoting sustainable*

*development, instituted the concept of Legal Amazon, which is to say, mainly, to keep the forest alive and standing. The current area that covers the Legal Amazon correspond all the states of Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima and Tocantins and part of the states of Mato Grosso, Maranhão (west of the meridian of 44° west longitude) and Goiás, covering a surface of approximately 5,217,423 km<sup>2</sup>, corresponding to about 61% of the Brazilian territory. Its population, however, corresponds to 12.32% of the total population of Brazil, which corresponds to a population of approximately 25 million inhabitants on the Brazilian side. It happens that, even today, in this part of the national territory, denominated Legal Amazon, there is the existence of precarious conditions of control of human occupation, of the vast extension of the uninhabited lands, with extraordinary potential in its biological biome, still scarce, precarious and disconnected public policies to demonstrate the non-priority character of the effective territorial control of the Legal Amazon, along with the historical lack of resources destined to scientific practices. The lack of effective control over the Legal Amazon has left the region vulnerable to predatory exploitation, as well as the implementation of economic systems that are obscure to the region's development, especially in relation to the traditional populations that live there. Therefore, this article intends to characterize, through exploratory research of a qualitative approach, bibliographical and documentary sources, the promotion of sustainability as a result, it is affirmed, it will only be possible to correlate to territorial control mechanisms regarding human occupation, agroforestry and with the establishment of integrated public policies, in which the use of national satellites is prioritized, due to the economic, social and strategic relevance of the Legal Amazon to the Brazilian nation.*

**PALAVRAS-CHAVE:** Amazônia Legal; geotecnologias; desenvolvimento sustentável; preservação ambiental.

**KEYWORDS:** Legal Amazon geotechnology; sustainable development; environmental preservation.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Amazônia Legal: marco histórico; 2 O quadro populacional da Amazônia legal; 3 O uso de tecnologia para promover mudanças no quadro atual da Amazônia Legal; 4 Análise do uso de geotecnologias para a garantia da sustentabilidade e desenvolvimento sustentável; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** Introduction; 1 Legal Amazon: historical mark; 2 The Legal Amazon's population situation; 3 Using technology to promote changes in the current framework of the Legal Amazon; 4 Analysis of the use of geotechnologies for the guarantee of sustainability and sustainable development; Conclusion; References.

## INTRODUÇÃO

Compreender as diversas e variadas concepções de desenvolvimento implementadas na região da Amazônia Legal é um grande desafio, tendo em vista que diferentes visões e entendimentos, muitas vezes distorcidos e sem fundamentação técnica e/ou teórica, pautaram (e continuam a pautar), historicamente, o desenvolvimento deste território tão múltiplo, complexo e peculiar. Ao discutir o processo de desenvolvimento da região, é necessário passar pela articulação que podem desempenhar os quatro Institutos de pesquisa do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (Brasil, 2016) existentes na região, especialmente em relação ao aproveitamento e gestão dos recursos vegetais, hídricos e biológicos, dada sua exuberância e crescente necessidade, demandando um competente sistema de governança que possa vir a envolver os diversos elos da cadeia social existentes nesta parte do Brasil, mas também com os países vizinhos.

No geral, a região amazônica tem sido vista apenas como uma região extensa de floresta uniforme, cuja diversidade de plantas e animais e, sobretudo de suas populações, no geral, ainda é considerada marginal nas análises, uma vez que a centralidade não é dada às questões sociais.

Nessa direção, pode-se afirmar serem muitos os entraves aos processos de desenvolvimento da região, sendo que talvez o de maior monta refira-se aos conflitos derivados da frágil estrutura fundiária da região, a demandar uma estruturação com, pelo menos, uma razoável demarcação de terras, a fim de evitar os conflitos reinantes envolvendo, entre outros, vários povos indígenas da região.

Um dos maiores desafios é, portanto, compreender a interdependência existente entre administrar o “patrimônio humano” e o “patrimônio natural”, considerando as questões mais complexas e candentes sem qualquer risco de destruição. Para tanto, deve-se estimular, concomitantemente, a implementação de infraestrutura de pesquisa, e, nesse caso, o uso das geotecnologias deveria fazer parte do controle sobre a região, isto é, as geotecnologias poderiam auxiliar como estratégias de planejamento de atividades de campo, com sistemas de acompanhamento e de monitoramento da floresta, da paisagem e da população, com vistas a melhor planejar estratégias de conservação e preservação dos recursos humanos e naturais.

Segundo equipe do Laboratório de Sistemas de Informação Geográfica (SIG) e Sensoriamento Remoto (SR) do Instituto Centro de Vida (ICV), a experiência com a aplicação de geotecnologias voltadas para a gestão ambiental na Amazônia, por constituir-se como o conjunto de tecnologias as quais manipulam dados e informações sobre feições e/ou fenômenos geográficos humanos, é uma estratégia tecnológica que pode contribuir para “armazenar, gerenciar e manipular estes dados, a fim de revelar novas informações” (Mendonça *et al.*, 2011). Ao mesmo tempo, o uso de geotecnologias pode contribuir para estabelecer os marcos legais para o empreendimento de iniciativas entre agentes privados e públicos.

Portanto, este artigo busca, por meio de pesquisa exploratória de abordagem qualitativa, bibliográfica e documental, verificar se esses mecanismos podem colaborar com a sustentabilidade/preservação da Amazônia Legal, analisando como o uso de geotecnologias pode tornar-se um mecanismo de controle sobre a exploração territorial, assim como da ocupação humana ordenada, em sintonia com o desenvolvimento sustentável, a partir da exploração agroflorestal, hídrica do bioma, com o estabelecimento de políticas públicas integradas, articuladas e interdependentes, nas quais possa ser priorizada a utilização de satélites próprios nacionais, em razão da relevância econômica e estratégica da Amazônia Legal para a nação brasileira.

## 1 AMAZÔNIA LEGAL: MARCO HISTÓRICO

A denominação de Amazônia Legal foi atribuída pelo governo brasileiro a uma determinada área da Floresta Amazônica, pertencente ao Brasil, e que abrange nove estados: Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima e parte dos estados de Mato Grosso, Tocantins e Maranhão, e cuja área corresponde a, aproximadamente, 5.217.423km, cerca de 61% do território brasileiro. Tal iniciativa teve a finalidade de melhor planejar e executar os projetos econômicos e sociais na região delimitada, por meio da Lei nº 1.806, de 6 de janeiro de 1953, uma vez que foi o governo de Getúlio Vargas responsável por decretar a criação da Amazônia Legal (antes denominada *Hileia Amazônica*). Mais recentemente, foi criada uma organização responsável pelas iniciativas de promoção dessa região, designada Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (Sudam), criada pela Lei nº 5.173, de 27 de outubro de 1966.

A Amazônia Legal é uma área que engloba, além dos nove estados brasileiros pertencentes à Bacia Amazônica, a qual se caracteriza pela

diversidade florestal e biológica, região onde habitam, aproximadamente, 25 milhões de pessoas, o que corresponde a 12,32% do total de habitantes do Brasil, envolvendo populações urbanas e uma variedade densa de tipos de organizações populacionais no interior da floresta, o que permite um raro acesso à genealogia histórica da civilização, tendo tribos indígenas isoladas, não contatadas, parcialmente incorporadas. Porém, nem sempre essa teia humana e territorial complexa tem sido considerada, porque, como apontam estudos, muito já se perdeu do material genético e vegetal da floresta, devido às queimadas e outras formas de desmatamento.

De fato, não há lugar no Brasil tão propício a experiências avançadas em biotecnologia ou procedimentos de integração e reencontro do homem com a natureza como a Amazônia Legal. A região oferece todas as pré-condições para a realização do sonho ambientalista. O caminho para isso, entretanto, não é mais a estrada curta da utopia. Aí estão fatores emergentes de ordem econômica e política, incluindo aspectos de um novo capitalismo jamais imaginado pelos visionários de ontem (Marcovitch, 2011).

Nessa direção, é fundamental atentar, ainda, ao tipo de “exploração predatória” do território, centrada, sobretudo, no desmatamento, que se justifica pela implantação da pecuária e de culturas itinerantes. Segundo estudos de ambientalistas, realizados pelo Instituto Homem e Meio Ambiente da Amazônia (Imazon), calculou-se que 253 mil quilômetros quadrados foram abertos aos pastos na região entre 1990 e 2006 e que, no período, o rebanho aumentou de 26 milhões para 73 milhões de cabeças, quase 50% dos financiamentos designados à indústria pelo BNDES destinam-se a frigoríficos atuantes na região – o que vai de encontro ao princípio de que o crédito público está sempre vinculado a exigências ambientais e “[...] encontram-se 125 frigoríficos instalados na região [...] os quatro maiores grupos receberam do BNDES R\$ 4,7 bilhões de créditos, cerca de 40% do total daquele investimento destinado à região”. Apenas 6% da linha de crédito à pecuária destinaram-se à recuperação de pastos degradados (Marcovitch, 2011), recuperando-se pastos/pastagem onde havia floresta.

As informações acima evidenciam a ausência de estratégias/mecanismos de controle com uso de geotecnologias para detectar, seja a ausência de compromisso político do Estado Brasileiro ao oferecer aos grandes pecuaristas o maior volume de crédito, com o comprometimento da destruição da floresta, seja pela não implantação de uma matriz de desenvolvimento sustentável, que deveria priorizar o estancamento dos desmatamentos, isto é, da devastação

florestal, e estabelecer melhor gestão no uso do solo, e seja, ainda, pelo “descaso” em relação às populações nativas e tradicionais, com etnicidades específicas.

Frise-se que a Constituição Federal de 1988 erigiu, em seu art. 3º, à condição de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a garantia do desenvolvimento nacional com a erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais. A promoção do bem de todos, entendidos aqui os habitantes do País, os cidadãos que integram a nação brasileira, razão da existência do Estado Nacional.

Nesse diapasão, temos também o art. 225 da Constituição Federal, que, de forma inovadora, abarcou a proteção do meio ambiente e elevou-a ao patamar constitucional<sup>3</sup>.

Dessa forma, com o “padrão” de desenvolvimento industrial na Amazônia, embora lícito, desatento à importância da floresta. Com a disseminação de ações predatórias, o Brasil corre sério risco de dissociar-se do que de há de mais avançado hoje em termos internacionais (Abramovay, 2010).

O autor ainda chama atenção para a importância de cooperação e articulação entre os diversos e complexos recursos presentes na região, desde o manejo de recursos humanos, sobretudo, quando se pode usufruir metodologias oferecidas pelas geotecnologias, por exemplo, no planejamento de projetos de cunho ambiental, com diagnósticos ambientais precisos, que visam a munir os atores sociais locais de informações estratégicas para contribuir com as ações de gestão ambiental – conservação, proteção, entre outras (Mendonça *et al.*, 2011).

Destaca-se o art. 170 da Constituição Federal, o qual, avançando no âmbito do direito ambiental brasileiro, consagrou a livre iniciativa, que deve ser modulada pela função social da propriedade e pela proteção ambiental, advindo aqui intensa fonte de tensão e conflito para o cumprimento das normas ambientais<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.”

<sup>4</sup> “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da

Portanto, há de se ter controle enérgico sobre a redução do desmatamento na região, assim como deverá ele ser acompanhado por mudanças nos padrões dominantes de uso dos recursos disponíveis. Sem dúvida, deve-se exigir um refinamento contínuo dos controles geotecnológicos contra o desmatamento e as queimadas na região amazônica, o que poderia significar incalculáveis prejuízos, não apenas relativos às questões climáticas, mas também às atividades agrícolas e à população em geral do Brasil.

Assim, impõe-se a necessidade de sensibilização tanto dos poderes públicos como do empresariado, no sentido de que o desenvolvimento sustentável demanda, além de planejamento, a capacidade e o consenso científicos; assim, não se pode prescindir do uso de tecnologias para não haver prejuízos e/ou consequências aos biomas, oceanos e florestas e, sobretudo, às aglomerações urbanas e às populações tradicionais, no geral, já empobrecidas.

## 2 O QUADRO POPULACIONAL DA AMAZÔNIA LEGAL

Segundo os antropólogos Cunha e Almeida (2010), ao se perguntarem *quem são as populações tradicionais?* (2010), informam que, nos textos acadêmicos e jurídicos, descrevem-se, em geral, as categorias por meio das propriedades ou características dos elementos que as constituem. Mas as categorias sociais também podem ser descritas “em extensão” – isto é, pela simples numeração dos elementos que as compõem. Um melhor modo de definir as “populações tradicionais” é pela maneira “extensional”, isto é, enumerando seus “membros” atuais, ou os candidatos a “membros”. Segundo ainda Cunha e Almeida (2010), o que todos esses grupos possuem em comum é o fato de que tiveram, pelo menos em parte, uma história de baixo impacto ambiental e de que têm, no presente, interesses em manter ou em recuperar o controle sobre o território que exploram. E, acima de tudo, dispostos a uma negociação: em troca do controle sobre o território, comprometem-se a prestar serviços ambientais.

Por sua vez, os *povos e comunidades tradicionais* já haviam sido caracterizados a partir do Decreto Federal nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2000, que resumidamente destaca que são grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam

---

propriedade; [...] VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII – redução das desigualdades regionais e sociais; [...]”

territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos e práticas oriundas da tradição etc.

Nesse sentido, a ausência de instituições adequadas e poucas informações disponíveis, tanto sobre esses povos como sobre as oportunidades alternativas que a eles podem ser desenvolvidas, tais como uma economia que não iria dissolver moralmente as matrizes culturais desses grupos sociais, seus antigos costumes e valores de reciprocidade (Cunha; Almeida, 2010). O que deve ser assegurado/garantido, sem negar as mudanças que se impõem, não apenas de âmbito econômico, é, sem dúvida, que essas populações tradicionais não corram risco de serem submetidas a processos de superexploração porque, segundo Cunha e Almeida (2010), dadas certas condições estruturais, as populações tradicionais podem desempenhar um papel importante na conservação.

Ocorre que, ainda hoje, nesta porção do território brasileiro, denominada Amazônia Legal, verifica-se a existência de precárias condições de controle da ocupação humana, da vasta extensão das terras desabitadas, com extraordinário potencial florestal, mineral e hidrológico e com escassas, precárias e desconexas políticas públicas, a demonstrar o caráter não prioritário do efetivo controle territorial da Amazônia Legal (Marcovitch, 2011), que, a par da histórica carência de recursos públicos e privados, destinados tanto às práticas científicas como às populações tradicionais, ainda permanece. O autor retrata quase literariamente a precariedade de existência e de vida das populações locais:

Verifica-se, no exame de todos os estudos pertinentes, a justeza da avaliação que atribui à Região Norte uma problemática social maior do que a existente na Região Nordeste do Brasil. E aqui avulta o paradoxo de que, nas vizinhanças da floresta, ou dentro dela, onde residem as imensas potencialidades representadas pelas águas fartas, jazidas minerais de grandes proporções e riquíssima biodiversidade, mora uma gente sem benefícios mínimos para uma vida civilizada. (Marcovitch, 2011, p. 1)

Assim, dentro da complexidade da questão social na Amazônia Legal, além de nem sempre ser priorizada, vemos que as populações tradicionais apresentam um IDH baixo (0,6 em uma escala de 0 a 1), uma vez que, na



maioria, vivem atreladas ao “ciclo do desmatamento” (Marcovitch, 2011, p. 32), historicamente, iniciado desde a época da “colonização” da região, quando, então, as comunidades tradicionais se beneficiavam e viviam uma fase de relativa prosperidade, com melhoramentos no IDH. Quando os devastadores abandonam a região, cujo solo já se encontra empobrecido, e recorrem a outras áreas para repetir o mesmo processo, todo o “crescimento experimentado” começa a declinar, porque, quando há “melhoria”, ela é curta e deixa escassas consequências positivas. Esse processo tem sido persistente e mais predatório em relação à Amazônia Legal.

Conforme apresenta o autor supracitado, uma lacuna evidente no discurso e na prática ambientalista é a omissão do drama social da Amazônia. O foco exclusivo no desmatamento, quase sempre de boa-fé, algumas vezes bem próximo da demagogia, reflete preocupações maiores de beneficiar a imagem de quem faz o protesto do que a preservação da floresta.

Portanto, na área da Amazônia Legal, apresentam-se interesses ambíguos e conflituosos. Como visto, por um lado, o favorecimento da implantação de novas infraestruturas, suporte para o desenvolvimento econômico pautado somente na racionalidade econômica, principalmente do agronegócio; por outro, o descompasso em relação à mobilização das populações tradicionais, visto que ele seria, com certeza, outro instrumento de grande poder nos processos de mudança das relações de produção e de consumo, trazendo benefícios irreversíveis ao desenvolvimento sustentável.

### **3 O USO DE TECNOLOGIA PARA PROMOVER MUDANÇAS NO QUADRO ATUAL DA AMAZÔNIA LEGAL**

A gravidade do quadro atual da região amazônica, considerando o binômio preservação/desenvolvimento, perpassando pela defesa da integridade e soberania do território nacional e os mecanismos, ferramentas e meios de controle existentes, aponta a necessidade da realização de investimentos para garantir e minorar problemas sociais nessa região como forma de garantir a soberania nacional, principalmente com o uso de satélite nacional próprio. Nesse contexto, preconiza-se a essencialidade do uso de satélites artificiais para a promoção da preservação, controle do uso sustentável do meio ambiente e da sua preservação, em uma perspectiva do cumprimento dos objetivos fundamentais da República, previstos no art. 3º da Constituição Federal, bem como do seu art. 225, que trata do meio ambiente e leva em consideração a necessidade de

viabilizar o disposto no seu art. 170, que disciplina a ordem econômica, além da legislação infraconstitucional pertinente.

O Marco Legal do processo de fomento de políticas públicas para o desenvolvimento da região amazônica começou ainda no governo de Getúlio Vargas, com a criação da Superintendência para a Valorização Econômica da Amazônia (SPVEA), que mais tarde passaria a chamar-se Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (Sudam) (Pieranti; Silva, 2007).

O principal projeto da Sudam foi a construção da rodovia Belém-Brasília, concluída em 1960, já no governo Juscelino Kubitschek. Essa estrada e as rodovias Cuiabá-Porto Velho-Manaus e Brasília-Cuiabá-Santarém tornaram-se as grandes vias de ligação entre a região Centro-Oeste e a Amazônia e criaram um sistema multimodal (rodovia-hidrovia) de significado estratégico. Contudo, por não terem sido associadas a projetos mais efetivos de colonização, deram início a um processo migratório que conduziu à região cerca de 175.000 mil migrantes e permitiu a fixação dessa população de forma desordenada e espontânea, conforme frisa Carvalho (2001) e consoante já mencionado acima.

A implementação dos maiores projetos dedicados a essa região ocorreu durante os governos militares, como resultado da percepção de que a Amazônia era um espaço vazio, subutilizado e, portanto, uma brecha perigosa à violação da soberania nacional. Isso despertava uma constante preocupação geopolítica, sem que fossem tomados, ainda, cuidados frequentes com possíveis prejuízos climáticos, com a conservação ambiental e a biodiversidade. (Pieranti; Silva, 2007, p. 5)

A Região Amazônica, depósito de incomensuráveis riquezas naturais e área objeto de grande cobiça internacional, deve ser objeto de todas as ações de tutela possíveis, cujo objetivo seja dar efetividade à promoção de um desenvolvimento pautado na sustentabilidade e na adoção de medidas de garantia do pleno exercício da soberania nacional, mormente diante de expressa previsão constitucional acerca do dever do Estado em implementar ações que objetivem, de forma eficaz, a defesa e a manutenção de um meio ambiente equilibrado, produtivo e saudável para as presentes e futuras gerações.

Esse tema era objeto da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, a qual, de forma inovadora, introduziu a matéria da ecologia na esfera normativa nacional,

passou a disciplinar o tema ambiental e estabeleceu as bases para a concretização de uma política ambiental nacional, isso quando o Brasil estava sob o Regime de Exceção. Atuou o legislador infraconstitucional, consoante se verifica do texto da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, mencionado no art. 1º da citada norma, dentro da competência da União para legislar sobre defesa, proteção à saúde, jazidas, minas e outros recursos minerais, metalurgia, florestas, caça e pesca, águas, energia elétrica e telecomunicações. Observa-se, no texto do art. 1º da lei em questão, com a redação atual dada pela Lei nº 8.208, de 1990, ausência de autonomia legislativa para o tema ambiental.

Segundo Pieranti e Silva (2007), o modelo de preservação que o governo brasileiro vem adotando para a região tem recebido críticas em todos os países desenvolvidos. Questiona-se a inexistência de estrutura apropriada para a proteção da Amazônia como um bem natural, e essas críticas são preocupantes, já que sugerem modificações que ferem a soberania e a integridade territorial do País.

Diante desse quadro, pode-se afirmar que o Brasil não está aproximando-se da marca dominante da inovação tecnológica contemporânea, muito mais orientada a colocar a ciência a serviço de sistemas produtivos altamente poupadores de materiais, de energia, e capazes de contribuir para a regeneração da biodiversidade (Abramovay, 2010).

Por fim, conforme argumentam Pieranti e Silva (2007), o modelo de implementação de políticas de desenvolvimento teve como consequências práticas clientelistas que se instalaram e acabaram por beneficiar alguns grupos locais em detrimento das populações tradicionais, assim como de outros segmentos e setores da sociedade civil da região.

A partir do processo de transição política para a democracia, de início, foram poucas as alterações nos planos de desenvolvimento da Região Amazônica, que continuaram a ser implantadas, uma vez que o governo do Presidente José Sarney (1985-1990) iniciou seu projeto para a região com o anúncio do programa “Calha Norte”, que refletia as mesmas preocupações de iniciativas anteriores, não se diferenciando substancialmente delas. De certo modo, o discurso oficial que prevaleceu para além do governo do Presidente Sarney, mas também vigente nos governos de Fernando Collor (1990-1992) e de Itamar Franco (1992-1995), hegemonicamente permaneceu a importância atribuída aos temas relacionados à segurança e à preservação do território.

Nas décadas subsequentes, como reflexo da ação dos novos atores (presença forte de ONGs nacionais e internacionais, além de organizações no âmbito dos movimentos sociais, indígenas, entre outros) e da consolidação do debate em torno dessa temática do ambientalismo, leia-se Região Amazônica (também no âmbito nacional e no internacional), foi criado o Ministério do Meio Ambiente, Recursos Hídricos e Amazônia Legal e lançado o Programa Nacional do Meio Ambiente. Oficialmente, a questão ambiental era, então, vista da perspectiva de uma política de Estado, fato comprovado pela criação de uma estrutura (um Ministério), ao menos em tese, voltada para esse fim (Pieranti; Silva, 2007). No cenário do século XXI, a Amazônia não foi alvo de políticas significativas que, de fato, garantissem sua preservação.

#### **4 ANÁLISE DO USO DE GEOTECNOLOGIAS PARA A GARANTIA DA SUSTENTABILIDADE E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

Como bem colocam os autores Pieranti e Silva (2007), a Região Amazônica apresenta incontáveis riquezas. A biodiversidade local, o solo e o subsolo, o potencial energético, o equilíbrio climático e a fonte imprescindível de água potável formam um complexo potencial econômico de difícil administração e proteção. Suas distâncias continentais delimitam uma região de vegetação extremamente variada, em que predominam as florestas altas e densas, entrecortadas por rios de diferentes características e de cursos com grande variabilidade, principalmente no período das vazantes. Suas fronteiras extensas representam uma ameaça aos habitantes dessa região e uma grande porta a todo tipo de entrantes ilegais, como guerrilheiros, contrabandistas, narcotraficantes e exploradores ilegais de riquezas, além da transnacionalidade dos povos amazônicos que circulam sem limitações territoriais e alfandegárias - basta cruzar um rio e se estará em outro país amazônico.

As florestas densas e de copas altas dificultam as comunicações, o monitoramento aéreo e por satélite, o deslocamento e o apoio logístico na região. Sua biodiversidade traz também a possibilidade de se contrair doenças até então desconhecidas, por diferentes vetores, a evidenciarem o aumento das necessidades logísticas na área de saúde. Todos esses fatores são complicadores para a defesa da região, além da diversidade de ambientes que exige um grande preparo das Forças Armadas, porque os métodos de combate devem ser adaptados a cada tipo de cenário. Nesse sentido, deve ser observado que a cooperação da população local se torna uma vantagem em ambiente tão inóspito.

De um lado, o favorecimento da implantação de novas infraestruturas, suporte para o desenvolvimento econômico, nem sempre tão comprometidas com os aspectos sociais, os quais têm sido pautados, tão somente, na racionalidade econômica, principalmente do agronegócio em grande escala, com relevantes proporções nos estados de Rondônia, Mato Grosso, Pará, Maranhão e, atualmente, Roraima, conforme já mencionado acima, no caso da atividade da pecuária e na produção de grãos. Por outro lado, tem havido iniciativas com políticas focadas nos interesses das populações tradicionais locais e na sustentabilidade socioambiental, com destaque à importância do desenvolvimento de biotecnologias que pautem um novo modelo de produção na Amazônia, embora ainda insuficientes.

Destacam-se iniciativas para priorização de políticas de sustentabilidade para a região, como é o caso do grupo Agropalma, de capital 100% nacional, que conta ainda com o mais moderno complexo agroindustrial do Brasil, com 4.800 funcionários e beneficia, indiretamente, cerca de 25 mil pessoas na região onde atua (Marcovitch, 2011). Esse grupo instalou-se na vasta região do Amazonas, comprometendo-se a viabilizar processos inovadores, dinamizando o uso sustentável de recursos naturais não envolvidos com o desmatamento e com as madeiras. Iniciou suas atividades incentivadas pela Sudam a partir de 1982 e, desde então, vem desenvolvendo na região o cultivo da palma com o uso sustentável do óleo de palma, também conhecido como azeite de dendê.

Por outro lado, a implantação dos grandes projetos industriais do Programa Grande Carajás (PGC), de exploração mineral na Amazônia, deixava dúvidas e perguntas, por exemplo, sobre quais têm sido os efeitos desses processos na transformação do território e do mercado de trabalho, como também em relação aos problemas ambientais, que poderiam ocorrer em função de um “modelo” de desenvolvimento que, em certa medida, ignorava a percepção integrada das relações sociedade e natureza (Castro, 2005 e 2012).

Foi necessário um período de algumas décadas para que os efeitos dessas políticas pudessem ser reconhecidos e se tornassem um problema posto no debate nacional. As análises centraram-se, inicialmente, no entendimento dos efeitos da abertura da fronteira de recursos com os programas de incentivos à colonização, à migração e à expansão pecuária. As taxas de desmatamento eram pouco visíveis, mas os dados e resultados das pesquisas confirmavam o que já se sabia – o desastre da perda de riquezas naturais em troca de quase nada, do ponto de vista de um desenvolvimento regional, gerador de enorme desperdício

ambiental e econômico, a exemplo de várias espécies de madeiras nobres que foram exportadas em toras, inclusive ameaçadas de extinção, como virola, pau-amarelo, mogno, além de imensas florestas derrubadas e depois destruídas lentamente pelo fogo e, com elas, várias espécies de animais foram sacrificados na mata em chama, tanto pelo interesse em substituí-las pelo gado, quanto para simples valorização no mercado de terras pela produção da terra nua (Castro, 2016, p. 43).

Carajás, desde seu início, ocasionou profundas mudanças na região com graves consequências populacionais e ambientais, mas o que mais chama atenção, segundo Castro (2016, p. 44), são os contrastes existentes entre os valores que diariamente passam pelos trilhos diante da miséria de muitos barracos que se localizam nas beiradas dos trilhos. As hidroelétricas na Amazônia e grandes dilemas postos à sociedade no século XXI permanecem à beira da ferrovia de 890 km, em condições indignas de seres humanos.

Ademais, o histórico da implantação dos projetos hidroelétricos na Região Amazônica é longo e complexo e, aqui, cabe apenas mencionar que eles têm sido, por um lado, demarcados por imensos conflitos de interesses entre agentes econômicos nacionais e internacionais, políticos locais, grupos sociais e étnicos, entre outros; por outro lado, o embate ocorre entre aqueles que defendem a construção de grandes barragens como solução energética no presente e aqueles que se opõem, ao contestar esse tipo de empreendimento, seja pela natureza dos investimentos que envolvem, seja por alterar a vida de milhares de pessoas, não apenas locais, mas do planeta.

Investimentos na construção das grandes hidroelétricas no País estão associados à expansão da oferta de energia, destinada, prioritariamente, ao setor industrial, à agricultura extensiva em regiões de baixa pluviosidade e aos grandes centros urbanos em expansão. Vale lembrar que essa projeção de oferta de energia no Brasil faz parte da política nacional de crescimento econômico, cuja principal ação é o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), lançado em 2007 pelo Governo Federal e cuja estrutura compõe-se dos seguintes eixos: logística, energética, social e urbana. Ademais, conforme planos alimentados pelo governo brasileiro, há expectativa de projeção para o ano 2020 de efetivar a construção de cinquenta hidroelétricas, grandes e médias, nos rios da Amazônia, o que representaria um dos maiores impactos sociais e ambientais concentrados que o planeta poderia sofrer (Castro, 2016).

Por sua vez, a atuação das Forças Armadas brasileiras para assegurar a defesa nacional tem-se detido na garantia da soberania na região, uma vez que, nas últimas duas décadas, a instalação do crime organizado e a infiltração do narcotráfico poderão ter um grande aliado no sistema Sipam-Sivam, primeiro complexo operacional de segurança da Amazônia, que enfatiza a atividade de inteligência e a coordenação de todas as agências que ali operam. Trata-se de uma tentativa de mobilizar a sociedade na defesa da região, com a valorização da presença militar, a aprimorar a defesa das fronteiras, das águas jurisdicionais, da plataforma continental e do espaço aéreo brasileiro, bem como dos tráfegos marítimo e aéreo, conforme enfatizam Pieranti e Silva (2007).

Ainda segundo os autores, foi promovida uma reestruturação no Comando Militar da Amazônia. O Exército mantém, na região, cinco brigadas de Infantaria de Selva (com 3.000 a 5.000 homens) e 23 pelotões de fronteira (cada um com 70 homens), com distância média de 500 km, totalizando um efetivo de 22.000 homens em 2004. Ainda de acordo com Pieranti e Silva (2007), o número ainda é inferior ao necessário, porque, como já foi dito, as dimensões da Amazônia Legal equivalem a cerca de 60% da área total do país.

Com vista a obter informações atualizadas quanto ao quantitativo de membros do Exército atuando na Amazônia Legal, chegou-se ao efetivo de 21.000 militares, segundo informações de 2017<sup>5</sup>. Portanto, conclui-se que há 14 anos não há acréscimo do efetivo, indicando assim uma defasagem quantitativa, pois os problemas verificados na região amazônica, entre eles o narcotráfico, agressões ambientais e intensa circulação transnacional de pessoas, vêm aumentando com o passar dos anos, enquanto o efetivo de militares guarnecendo a região permanece o mesmo.

Se hoje se observa na Região Amazônica a “infiltração” do tráfico/narcotráfico e por facções do crime organizado, como já explicitado, isso não significa que outras vulnerabilidades não vêm atingindo a região, como as ameaças externas de grupos econômicos e paramilitares não reconhecidos em seus países de origem e que – de olho na região, buscam acesso para instalar aqui práticas ilegais, seja de exploração da floresta e de outros recursos naturais, seja das populações nativas. Como esclarecem os autores Pieranti e Silva (2007, p. 11), a entrada de estrangeiros que visem à prática de crimes, como o tráfico de

---

<sup>5</sup> Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-01/amazonia-legal-21-mil-militares-atuam-para-garantir-seguranca-nas-fronteiras>>. Acesso em: 3 jun. 2019.

armas, o narcotráfico internacional e a exploração ilegal de riquezas minerais, deve ser repelida pelos militares, responsáveis, segundo a Lei Complementar nº 69, de 1991, e suas alterações, pela garantia da lei e da ordem, acionados pelo Presidente da República, num esforço que ultrapassa os limites da ação policial. Ademais, ressalta-se o êxodo dos venezuelanos, chegando por Roraima e chegando aos milhares na região;

É de conhecimento geral que o Governo Federal, representado por suas diversas instâncias ministeriais, não tem capilaridade administrativa e controle do uso de geotecnologias para assegurar, com presença física de seus agentes, gestores e servidores uma administração compatível com as necessidades da Região Amazônica. As presenças do Ibama e da Polícia Federal, embora não sejam suficientes, dada a extensão e a complexidade do território, é quem tem respondido ao controle sobre a região com precária infraestrutura logística.

Por fim, verifica-se a necessidade urgente do estabelecimento de políticas públicas de controle da ocupação e exploração do território amazônico por órgãos governamentais, que tenham estreita interlocução no cumprimento dessas políticas, uma vez que a gravidade do quadro atual da região, considerado o binômio preservação/desenvolvimento sustentável, perpassa pela defesa da integridade e soberania do território nacional e dos mecanismos, ferramentas e meios de controle existentes.

A implementação de políticas públicas com boas ou positivas consequências, segundo os especialistas, deveria aplicar-se plenamente na Região Amazônica a experiência do Protocolo de Montreal e do Protocolo de Kyoto, que estabeleceram, historicamente, obrigações éticas e sociais em lugar de instrumentos coercitivos com o propósito de mitigar as emissões globais de gases poluentes (Marcovitch, 2011, p. 101).

#### **4.1 O LANÇAMENTO DO SGDC EM 2017**

O Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações (SGDC) é um projeto de Estado, que atende a dois objetivos principais: prover comunicações seguras para o sistema de defesa nacional e para as comunicações estratégicas do Governo (Forças Armadas) e promover o desenvolvimento socioeconômico do Brasil, para proporcionar a todos os brasileiros um país conectado por meio da massificação da banda larga. O SGDC é o primeiro satélite brasileiro concebido exclusivamente para a transmissão de dados com alta velocidade e qualidade na banda Ka, cobrindo todo o território nacional e a Amazônia Azul.



Observa-se que a finalidade do SGDC não dedica atenção específica à Amazônia Legal, a qual resta incluída por integrar o território nacional e fica submetida ao exercício das políticas voltadas para esta região do País, não se sabendo se será priorizado o uso desse satélite para essa finalidade, de forma que carece de um acompanhamento quanto à sua utilização para a finalidade indicada neste artigo.

O SGDC é um poderoso instrumento no sentido do que foi preconizado, neste artigo, o exercício da plena soberania nacional sobre o território amazônico, com suas extensas áreas de fronteira terrestre e, sobretudo, para a promoção da sustentabilidade e preservação na Amazônia Legal, sistematicamente agredida por ações humanas não conformes com elementares princípios de preservação e de sustentabilidade.

Sem considerar que o tempo de planejamento do Projeto do SGDC, desde a contratação até o lançamento, demandou cerca de 3 anos e 6 meses. A assinatura do contrato entre Telebras e Visiona ocorreu em 28 de novembro de 2013 (Brasil, 2013), embora lançado apenas em 4 de maio de 2017. Nesse respectivo período, ocorreu considerável desmatamento na região da Amazônia Legal, conforme se depreende do quadro abaixo (Brasil, 2017):

**Tabela 1 – Taxas PRODES 2004 a 2016**

Ano\ Estados	AC	AM	AP	MA	MT	PA	RO	RR	TO	AMZ LEGAL
2004	728	1232	46	755	11814	8870	3858	311	158	27772
2005	592	775	33	922	7145	5899	3244	133	271	19014
2006	398	788	30	674	4333	5659	2049	231	124	14286
2007	184	610	39	631	2678	5526	1611	309	63	11651
2008	254	604	100	1271	3258	5607	1136	574	107	12911
2009	167	405	70	828	1049	4281	482	121	61	7464

Ano\ Estados	AC	AM	AP	MA	MT	PA	RO	RR	TO	AMZ LEGAL
2010	259	595	53	712	871	3770	435	256	49	7000
2011	280	502	66	396	1120	3008	865	141	40	6418
2012	305	523	27	269	757	1741	773	124	52	4571
2013	221	583	23	403	1139	2346	932	170	74	5891
2014	309	500	31	257	1075	1887	684	219	50	5012
2015	264	712	25	209	1601	2153	1030	156	57	6207
2016	389	1099	24	261	1508	3025	1394	209	80	7989
Var. 2016-2015	47%	54%	-4%	25%	-6%	41%	35%	34%	40%	29%
Var. 2016-2004	-47%	-11%	-48%	-65%	-87%	-66%	-64%	-33%	-49%	-71%

Fonte: grifos nossos.

Avaliando a tabela apresentada, a qual traz um índice de desmatamento por km<sup>2</sup>, é possível verificar que, entre 2012 e 2016, o quantitativo de áreas desmatadas considerando-se toda a Amazônia Legal aumentou proporcionalmente, extraindo-se, assim, uma dimensão da gravidade do tema.

Veja-se o ônus da demora na utilização desse satélite e das informações já existentes dos demais, embora estrangeiros, quanto custou em perda de bioma e, agora já lançado, não há notícia de sua imediata utilização para fins de promoção da sustentabilidade e preservação na Amazônia Legal. Para efetividade dessas ações, são necessárias equipes terrestres, servidores, veículos, equipamentos e efetivo policial, de modo que a dificuldade e a demora na efetivação de tais recursos permitem a contínua agressão ao bioma da Amazônia Legal.

## 4.2 O PROJETO PRODES E DETER

A tabela constante no subtópico anterior foi extraída do Programa de Cálculo do Desflorestamento da Amazônia, ou Projeto Prodes, criado pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe), o qual é vinculado ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC). Conta também com a colaboração do Ministério do Meio Ambiente (MMA) e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama).

O Prodes tem como objetivo realizar o monitoramento da Amazônia por satélite, em especial, o desmatamento por corte raso, produzindo, desde 1988, as taxas anuais de desmatamento na região, dados esses que são utilizadas pelo governo brasileiro, bem como se encontram disponíveis para acesso universal – a política de transparência dos dados do monitoramento do estado da floresta adotada pelo Inpe é ampla, permitindo o acesso completo a todos os dados gerados pelos sistemas de monitoramento do Prodes.

De acordo com o endereço eletrônico oficial do Inpe (2018):

O Prodes utiliza imagens de satélites da classe Landsat (20 a 30 metros de resolução espacial e taxa de revisita de 16 dias) numa combinação que busca minimizar o problema da cobertura de nuvens e garantir critérios de interoperabilidade. As imagens do satélite americano Landsat-5/TM foram, historicamente, as mais utilizadas pelo projeto, mas as imagens do sensor CCD a bordo do CBERS-2/2B, satélites do programa sino-brasileiro de sensoriamento remoto, foram bastante usadas. O Prodes também fez uso de imagens LISS-3 do satélite indiano IRS-1 e também das imagens do satélite inglês UK-DMC2. Atualmente faz uso massivo das imagens do Landsat 8/OLI, CBERS 4 e IRS-2. Independente do instrumento utilizado, a área mínima mapeada pelo Prodes é de 6,25 hectares. (Inpe, 2018)<sup>6</sup>

O projeto trabalha mediante a taxa Prodes, uma taxa atual estimada a partir dos incrementos de desmatamento identificados em cada imagem de satélite que cobre a Amazônia Legal. Por meio dela, é possível verificar, com grande precisão, quantos km<sup>2</sup> de floresta são desmatados, por ano.

<sup>6</sup> Disponível em: <<http://www.obt.inpe.br/OBT/assuntos/programas/amazonia/prodes>>. Acesso em: 3 jun. 2019.

Entre os dados oficiais do programa, é possível encontrar desde um grande acervo de imagens de satélite da Amazônia, a dados consolidados e listas contendo a proporção de desmatamento florestal por Município amazônico ou unidade de conservação, entre outras informações. É, portanto, uma ferramenta fundamental na consolidação dos dados acerca do desmatamento da Amazônia, servindo, portanto, para ações e planejamento de políticas públicas no local.

O Prodes está inserido no Grupo Permanente de Trabalho Interministerial para a redução dos índices de desmatamento da Amazônia legal, criado por decreto presidencial de 3 de julho de 2005. O GTPI é parte do Plano de Ação para a Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia legal, lançado em 15 de março de 2004.

Ademais, o Inpe também desenvolveu o Programa de Detecção de Desmatamento em Tempo Real (Deter), o qual é um levantamento rápido de alertas de evidências de alteração da cobertura florestal na Amazônia. Foi desenvolvido como um sistema de alerta para dar suporte à fiscalização e controle de desmatamento e da degradação florestal realizadas pelo Ibama e demais órgãos ligados a esta temática (Inpe, 2018)<sup>7</sup>.

Destaca-se:

De maio de 2004 a dezembro de 2017, o Deter operou com base nos dados do sensor Modis a bordo do satélite Terra, que apresenta resolução espacial de 250 m. Com esse instrumento é possível detectar apenas alterações na cobertura florestal com área maior que 25 hectares. [...] Em agosto de 2015, o Inpe começa a operar uma nova versão do Deter, em resposta à alteração do padrão de áreas desmatadas na Amazônia. Atualmente, a maior parte dos polígonos de desmatamento possui área unitária menor que 25 hectares. Neste contexto, o Deter passou a identificar e mapear, em tempo quase real, desmatamentos e demais alterações na cobertura florestal com área mínima próxima a 1 ha. Para isso são utilizadas imagens dos sensores WFI, do satélite Satélite Sino-Brasileiro de Recursos Terrestres

<sup>7</sup> Disponível em: <<http://www.obt.inpe.br/OBT/assuntos/programas/amazonia/deter>>. Acesso em: 3 jun. 2019.

(CBERS-4) e AWiFS, do satélite Indian Remote Sensing Satellite (IRS), com 64 e 56 metros de resolução espacial respectivamente. (Inpe, 2018)<sup>8</sup>

Apesar de utilizar sensores de menor resolução a bordo de satélites, a capacidade de observação diária permitiu que o sistema se tornasse uma ferramenta para informar rapidamente aos órgãos de fiscalização sobre novas alterações provocadas na cobertura florestal.

Ou seja, vê-se que, diferentemente do SGDC, o Prodes e o Deter são sistemas desenvolvidos e voltados especificamente para a Amazônia Legal, detendo ambos de grande potencialidade para prevenir e combater o desmatamento ilegal na Amazônia. No entanto, não é suficiente que institutos governamentais de pesquisa desenvolvam tais sistemas, sem que haja, em complemento, o desenvolvimento de políticas públicas pelo Estado visando combater o desmatamento ilegal, dando aplicabilidade prática aos dados por eles coletados.

Ademais, destaca-se que não apenas os institutos de pesquisa governamentais desenvolvem projetos que estudam o desmatamento da Amazônia Legal. o Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia (Imazon), o qual tem sede em Belém/PA, é um instituto de pesquisa sem fins lucrativos o qual tem como objetivo promover a conservação e desenvolvimento sustentável na Amazônia.

Um dos programas desenvolvidos pelo Imazon, denominado Monitoramento da Amazônia, tem como objetivo geral:

Detectar, quantificar e monitorar, por meio de imagens de satélite, o desmatamento, a degradação florestal, a exploração madeireira, as estradas não oficiais e outras formas de pressão humana na Amazônia Legal. Os resultados do monitoramento são combinados com diversos mapas digitais, por meio de Sistemas de Informações Geográficas (SIG), para a qualificação dos problemas ambientais e planejamento regional. O programa também desenvolve propostas para políticas públicas e capacitação em geotecnologias e dissemina

---

<sup>8</sup> Idem.

estrategicamente os seus resultados, contribuindo para a redução do desmatamento e degradação florestal. (Imazon, 2018)<sup>9</sup>

Dessa forma, o Instituto vem prestando relevantes serviços aos países com suas informações periódicas e trabalhos científicos sobre o desmatamento e outras ações maléficas ao meio ambiente amazônico.

Por fim, a utilização das informações fornecidas por satélites dos programas indicados, com a possibilidade de comunicação e internet providos pelo SGDC podem promover uma importante mudança de curso nas agressões ambientais promovidas na Amazônia Legal.

## CONCLUSÃO

As reflexões trazidas no desenvolvimento do texto remetem-nos, antes de propor conclusões, a destacar os desafios que se avistam frente à enorme complexidade de problemas existentes na região da Amazônia Legal. Indicam-se, abaixo, alguns, não necessariamente por ordem de prioridade:

- a) *as populações indígenas*: a necessidade de interlocução com elas, porque a questão indígena é um tema vinculado à questão da soberania nacional. A Constituição Federal, no seu art. 231, garante aos indígenas a manutenção de sua organização social, hábitos culturais, terras e usufruto do solo com exclusividade. No caso de algum tipo de interesse de exploração dessas áreas, as comunidades indígenas têm de ser ouvidas e são beneficiárias dos lucros advindos daquela atividade, uma vez que as terras indígenas são ainda inalienáveis e indisponíveis, e as comunidades nelas residentes só podem ser removidas com aprovação do Congresso Nacional, por períodos determinados e em casos específicos, nos quais haja claro risco para a população ou para a soberania nacional (Pieranti; Silva, 2007);
- b) *os caboclos e ribeirinhos*: tal população que ocupa o território, por vezes isolada, conseqüente da colonização e posterior miscigenação com os povos indígenas, são os verdadeiros guardiões da soberania nacional, razão pela qual devem ser considerados em qualquer ação a ser desenvolvida na Região Amazônica;

<sup>9</sup> Disponível em: <<https://imazon.org.br/programas/monitoramento-da-amazonia/>>. Acesso em: 3 jun. 2019.

- c) *administração da região amazônica brasileira*: qualquer tentativa de administração na instância de governo – municipal, estadual ou mesmo federal – que se proponha gerir a região de forma isolada, sem a participação da sociedade e das instituições estatais, não conseguirá êxito, haja vista a situação em que se encontra a região;
- d) *assegurar a segurança da região*: criar estratégias e mecanismos para combater as “invasões” de grupos externos, não possibilitar brechas facilitadoras para a ação de agentes e grupos criminosos, principalmente, em ações que envolvem o narcotráfico, o tráfico de armas e a exploração ilícita de recursos minerais e vegetais. Tal combate requer, por parte dos agentes públicos, um modelo de controle menos hierarquizado, mais dinâmico e interdependente, cuja atuação possa compensar as deficiências impostas pela geografia da própria floresta. Como acentuam os autores pesquisados, faz-se necessária, ainda, uma análise do potencial do sistema de comunicação, implementado pelo Estado na região, desde a década de 1970, cuja repercussão sobre a população traz imensos benefícios, como o sistema de emissoras de rádio e de televisão mantido pela Radiobrás (Pieranti; Silva, 2007).

Deverá ser promovido o acompanhamento da utilização do SGDC para o cumprimento da legislação brasileira concernente à Amazônia Legal, assim como sua utilização a fim de promover a adoção de medidas ambientais e fundiárias, com as informações dos sistemas satelitais existentes, visando a garantir a sustentabilidade e a preservação ambiental dessa importante porção do território nacional.

Ademais, cabe assegurar o caráter estratégico da Região Amazônica para a nação brasileira e, com isso, garantir que o desenvolvimento regional constitua um obstáculo à prática de ilícitos. Nesse aspecto, também cabem papel e desempenho relevante à Marinha Brasileira, cuja necessidade de proteção da imensa malha hidrográfica se faz premente. Pode-se afirmar que nunca haverá solução “mágica” para a Região Amazônica sem a presença permanente e persistente do Estado na Região, a fim de despertar a “paixão” e atrair cientistas para viabilizar centros e empreendimentos de biotecnologia, bem como tornar a região produtiva, econômica e mais equitativa em relação às populações locais e sustentável como “potência verde” para todos.

Remanesce a questão central de o Brasil em 2019 não dispor de uma infraestrutura satelital própria para cuidar da Região Amazônica ou do

país como um todo. A esta altura já poderia ter uma constelação de satélites nacional. A constelação de satélites irradiantes sobre o país em sua totalidade são estrangeiros, fornecendo informações importantes, porém subutilizadas pelas três esferas de governo.

## REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, Ricardo. Desenvolvimento sustentável: qual a estratégia para o Brasil? *Novos Estudos*, S. I, n. 97, p.97-113, jul. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n87/a06n87.pdf>>. Acesso em: 1º dez. 2018.
- BENCHIMOL, Samuel Isaac. *Amazônia: a guerra na floresta*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.
- BRASIL. Ministério da Defesa. Telebras e Visiona formalizam acordo para satélite geoestacionário. 2013. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2013/11/telebras-e-visiona-formalizam-acordo-para-satelite-geoestacionario>>. Acesso em: 7 out. 2017.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Defesa. Satélite Geoestacionário será lançado nesta quinta (4). 2017. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/seguranca-e-justica/2017/05/satelite-geoestacionario-sera-lancado-nesta-quinta-4>>. Acesso em: 7 out. 2017.
- \_\_\_\_\_. MCT agora é Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. 2016. Disponível em: <<http://www.sectet.pa.gov.br/secti/node/1845>>. Acesso em: 2 dez. 2018.
- CASTRO, Edna Maria Ramos. Atores sociais na fronteira mais avançada do Pará. São Felix do Xingu e a Terra do Meio. *Papers do NAEA/UFGPA*, Belém, 2005.
- \_\_\_\_\_. Expansão da Fronteira, megaprojetos de infraestrutura e integração sul-americana. Salvador, *Caderno CRH (Online)*, v. 25, p. 45-62, 2012.
- \_\_\_\_\_. Políticas de Estado e atores sociais na Amazônia contemporânea. In: BOLLE, W.; CASTRO E. VEJMEKKA, M. (Edts.). *Amazônia, região universal, teatro do mundo*. São Paulo: Globo, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Travessias*. Memorial sobre o concurso de professora titular. UFPA. Belém, 2016.
- CHAVES, Maria do Perpétuo Socorro; RODRIGUES, Débora Cristina Bandeira. *Desenvolvimento sustentável: limites e perspectivas no debate contemporâneo*. Interações. Campo Grande/PB, Campo Grande, v.8, n.13, Sept. 2006.
- CUNHA, Manuela Carneiro da; ALMEIDA, Mauro W. B. Quem são as populações tradicionais? 2010. Disponível em: <<https://uc.socioambiental.org/territorios-de-ocupacao-tradicional/quem-sao-as-populacoes-tradicionais>>.



IMAZON. Programa detecta, quantifica e monitora, por meio de imagens de satélites, do desmatamento e outras formas de pressão humana. 2018. Disponível em: <<https://amazon.org.br/programas/monitoramento-da-amazonia/>>. Acesso em: 11 dez. 2018.

INPE. *Prodes - Amazônia: monitoramento da Floresta Amazônica Brasileira por Satélite*. 2018. Disponível em: <<http://www.obt.inpe.br/OBT/assuntos/programas/amazonia/prodes>>. Acesso em: 8 abr. 2018.

MARCOVITCH, Jacques. *A gestão da Amazônia*. Ações empresariais, políticas públicas, estudos e propostas. São Paulo: Edusp, 2011.

MENDONÇA, Ricardo Abad Meireles de; BERNASCONI, Paula; SANTOS, Roberta dos; SCARANELLO, Marcos. *Uso das geotecnologias para gestão ambiental: experiências na Amazônia Meridional*. Cuiabá: ICV - Instituto Centro de Vida, 2011. Disponível em: <<http://www.icv.org.br/wp-content/uploads/2013/08/uso-das-geocnologias-para-gest%C3%A3o-ambiental.pdf>>.

PIERANTI, Octavio Penna; SILVA, Luiz Henrique Rodrigues da. A questão amazônica e a política de defesa nacional. *Cad. Ebape.BR*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 01-11, mar. 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1679-39512007000100012&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512007000100012&lng=en&nrm=iso)>; <<http://dx.doi.org/10.1590/S1679-39512007000100012>>. Acesso em: 1º dez. 2018.

TELEBRAS. Ministério das Telecomunicações. Manifestação favorável do TCU ao chamamento público da Telebras vira jurisprudência na Corte de Contas. 2017. Disponível em: <<https://www.telebras.com.br/inst/?m=2017&paged=7>>. Acesso em: 7 out. 2017.

Submissão em: 12.04.2019

Avaliado em: 22.05.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 23.05.2019 (Avaliador B)

Aceito em: 13.08.2019

# O JUIZ E A EMOÇÃO NA ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

## THE JUDGE AND THE EMOTION IN THE ARTIFICIAL INTELLIGENCE ERA

**Nathaly Campitelli Roque<sup>1</sup>**

Professora de Teoria do Direito, Pós-Graduação *Stricto Sensu* (PUCSP, São Paulo/SP, Brasil)

**Iane Naia de Oliveira Ruggiero Del Bel<sup>2</sup>**

Mestranda em Direito Civil (PUCSP, São Paulo/SP, Brasil)

**ÁREA(S):** filosofia do Direito.

**RESUMO:** O presente artigo objetiva contribuir para o debate sobre o uso das inteligências artificiais na elaboração de decisões judiciais no Brasil e nos limites que essa utilização pode oferecer ao acesso à justiça. Parte da leitura do livro *O juiz e a emoção*, de Lúcia Reis de Almeida Prado, para a investigação da importância dos aspectos psicológicos

do juiz na atividade jurisdicional. Prossegue na investigação das atividades desempenhadas por duas das principais inteligências artificiais hoje disponíveis aos Magistrados brasileiros (o *assistente digital do Magistrado* e o *Victor*). Com esses pressupostos, formula questionamentos preliminares sobre as possíveis consequências do uso das inteligências artificiais nos tribunais brasileiros quanto a celeridade, objeti-

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998). Mestrado (2005) e Doutorado (2011) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Doutorados pela Universidade Clássica de Lisboa (2013) e Universidade de Coimbra (2014). Procuradora do Município de São Paulo. Áreas de Atuação: Direito Processual Civil, Direito Tributário, Efetividade do Direito e Acesso à Justiça. *E-mail:* ncroque@pucsp.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5226759741385136>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5275-6913>.

<sup>2</sup> Advogada. Mediadora de Conflitos. Instrutora das Oficinas de Divórcio e Parentalidade do CNJ. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Escola Paulista de Direito (EPD). Coordenadora do Grupo de Estudos de Práticas Colaborativas de São Paulo. *E-mail:* iane@ianeruggiero.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9964992124894516>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0210-7181>.

vidade, imparcialidade, previsibilidade, segurança jurídica, qualidade, inovação, massificação, individualização, contextualização das decisões e solução dos conflitos em si.

**ABSTRACT:** *This article aims to contribute to the debate on the use of Artificial Intelligence in the judicial decision-making in Brazil and the limits that this use can offer to justice access. It begins with the reading of Lúdia Reis de Almeida Prado's book *The Judge and the Emotion*, and moves over to the investigation of the importance of the psychological aspects of the judge in the jurisdictional activity. It goes on with the investigation of the activities carried out by two of the main Artificial Intelligence currently available to Brazilian judges (the Judge's Digital Assistant and Victor). With these assumptions, it formulates preliminary questions about the possible consequences of the use of Artificial Intelligence in the Brazilian Courts regarding procedure promptness, objectivity, impartiality, predictability, legal security, quality, innovation, massification, individualization, contextualization of decisions and the conflicts solution.*

**PALAVRAS-CHAVE:** inteligências artificiais; assistente digital do Magistrado; Victor; o juiz e a emoção; interdisciplinaridade; filosofia do direito; psicologia.

**KEYWORDS:** *artificial intelligence; judge's digital assistant; Victor; the judge and the emotion; interdisciplinary; philosophy of law; psychology.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Esclarecimentos quanto ao referencial teórico: o juiz e a emoção; 2 O juiz e a emoção; 3 Duas das principais tecnologias disponíveis aos Magistrados brasileiros atualmente – O assistente digital do Magistrado e o Victor; 4 Possíveis consequências do uso das inteligências artificiais nos tribunais; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Clarifications regarding the theoretical framework: The judge and the emotion; 2 The judge and the emotion; 3 Two of the main technologies available to Brazilian judges today – The Judge's Digital Assistant and Victor; 4 Possible consequences of the use of artificial intelligence in courts; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

A partir da leitura da obra *O juiz e a emoção*, de Lúdia Reis de Almeida Prado (2010), e de questionamentos sobre a possibilidade de se alcançar julgamentos baseados em um silogismo puro pelas inteligências artificiais, surgiu a ideia deste artigo, que relaciona a atual “contingência” da humanidade do Magistrado com uma neutralidade

possivelmente proporcionada pelos sistemas não humanos utilizados pelos Tribunais. A humanidade no ato decisório é, afinal, desejável?

O artigo inicia com a análise da importância dos aspectos psicológicos do juiz humano na atividade jurisdicional e do uso da intuição, da espontaneidade, do sentimento e da criatividade no processo decisório, com fundamento na obra *O juiz e a emoção*, pela dimensão do trabalho, limitada às reflexões da autora do livro, sem o aprofundamento de seus referenciais teóricos.

Prossegue com uma breve apresentação - proporcional à dimensão e aos propósitos do presente trabalho, sem adentrar especificidades técnicas interdisciplinares que mereceriam análise em um estudo mais aprofundado - de duas das principais tecnologias hoje disponíveis aos Magistrados do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e do Supremo Tribunal Federal (STF), com foco na investigação das tarefas que vêm sendo por elas executadas.

Propõe-se o trabalho a apresentar, com uma abordagem filosófica, primeiras reflexões sobre a importância da humanidade<sup>3</sup> no ato decisório, aqui entendida como os atributos e competências humanas ao menos por ora não plenamente replicáveis pelas inteligências artificiais, como a intuição, a espontaneidade, o sentimento, a criatividade, a conexão e a empatia, características que podem ser identificadas com o conceito junguiano de *anima*<sup>4</sup>. A partir dessas reflexões, levantam-se questionamentos preliminares sobre as possíveis consequências do uso das inteligências artificiais nos Tribunais quanto a celeridade, objetividade, imparcialidade, previsibilidade, segurança jurídica, qualidade, inovação, massificação, individualização, contextualização das decisões e solução dos conflitos em si.

## 1 ESCLARECIMENTOS QUANTO AO REFERENCIAL TEÓRICO: O JUIZ E A EMOÇÃO

A obra *O juiz e a emoção*, de Lúcia Reis de Almeida Prado (2010), aborda a importância dos aspectos psicológicos do juiz na atividade jurisdicional. Em especial, a importância de o juiz tornar conscientes aspectos da sua psique que se identificam com o que Jung chama de *anima* (como a emoção, a criatividade,

<sup>3</sup> Com a acepção de “totalidade das características peculiares à natureza humana” (Michaelis, 2019?).

<sup>4</sup> Anima: atributos considerados, ao longo do tempo, por um desvio cultural, como próprios das mulheres - como a emoção, a criatividade, a intuição - que, no psiquismo do homem, receberam o nome de anima por Jung. É “a figura interior de mulher na psique do homem” (Prado, 2010, p. 35).

a intuição) e utilizá-los na tomada de decisão, sem excluir o pensamento, em consonância com uma tendência científica e social, identificada pela autora, de gradativa valorização do uso da emoção *junto com* o pensamento especialmente para a tomada de decisões.

Trata-se de obra interdisciplinar<sup>5</sup> que relaciona a Filosofia do Direito com a Psicologia do Inconsciente. Os referenciais teóricos adotados no referido estudo são, no âmbito da Psicologia, a Psicologia Analítica de Carl Jung (cujos conceitos pertinentes são aqui elucidados ao longo do texto e notas de rodapé). Já no âmbito do Direito, uma concepção antiformalista, enfatizando o papel do Magistrado na elaboração do Direito.

A autora adere à ideia da função jurisdicional como uma atividade criadora, rejeitando a sentença como um silogismo, referindo nomes como Joaquim Dualde, Jerome Frank, Luís Recaséns Siches, Theodor Viehweg, Michel Villey, Chaim Perelman.

Afastando exageros da Escola do Realismo americano, a autora acolhe o que entende ser uma compreensão mais autêntica da prestação jurisdicional, considerando a relevância do Magistrado e de sua personalidade nas decisões, desmistificando a neutralidade do juiz, a uniformidade e generalidade do Direito e a segurança jurídica inexorável (Prado, 2010, p. 20).

Assim, concebe uma ideia de Justiça que transcende a norma de caráter abstrato e geral, implicando “uma grande confiança no poder criativo do julgador, de quem se espera uma sensibilidade muito refinada para lidar com o sempre mutante contexto social” (Prado, 2010, p. 88).

A obra foi pioneira ao tratar dos aspectos psicológicos dos Magistrados, ideia hoje difundida e objeto de crescente interesse. Passados quinze anos da primeira edição do livro, sua ideia permanece atual, sendo ainda necessário o reforço da utilidade para o julgador de atributos humanos além da razão e da lógica, privilegiados no contexto judicial.

---

<sup>5</sup> “A interdisciplinaridade pode ser definida como um ponto de cruzamento entre atividades (disciplinares e interdisciplinares) com lógicas diferentes. Ela tem a ver com a procura de um equilíbrio entre a análise fragmentada e a síntese simplificadora (Jantsch & Bianchetti, 2002). Ela tem a ver com a procura de um equilíbrio entre as visões marcadas pela lógica racional, instrumental e subjetiva (Lenoir & Hasni, 2004). Por último, ela tem a ver não apenas com um trabalho de equipe, mas também individual (Klein, 1990).” (Leis, 2005)

O presente artigo propõe-se à análise da importância dos atributos humanos identificados com o conceito junguiano de *anima* no processo decisório, no contexto da inserção das inteligências artificiais nos Tribunais brasileiros. Assim, a escolha da obra como referencial deu-se por sua abordagem interdisciplinar, que permite que a luz dos conceitos da psicologia junguiana ilumine as reflexões propostas, e, ainda, pela especificidade do texto que aborda exatamente a realidade do juiz brasileiro.

## 2 O JUIZ E A EMOÇÃO

### 2.1 FORMALISMO JURÍDICO E RACIONALISMO EXCESSIVO - CONSEQUÊNCIAS NA FORMAÇÃO DOS MAGISTRADOS

No livro *O juiz e a emoção*, a autora explica as origens e consequências do excessivo formalismo jurídico e da ultrapassada maneira como o Judiciário brasileiro seleciona e forma seus Magistrados.

Dentre as explicações, está a não incorporação, durante muito tempo, na cultura ocidental, das características vistas como femininas e o domínio do dinamismo patriarcal caracterizado pela rigidez de atitudes mentais dogmáticas e abstratas, regência pela ordem, dever, senso prático e polarização (Prado, 2010, p. 55).

Outra causa seriam as concepções do racionalismo iluminista, de separação dos Poderes e da existência de setores puros de conhecimento, endossada, no mundo jurídico, por Kelsen e seus seguidores:

Ao juiz compete julgar e, para a garantia dos direitos, conta-se com a neutralidade da Justiça, que será alcançada ao se isolar o Magistrado da comunidade, do Legislativo e do Executivo. Assim, forma-se a ideia de um Judiciário neutro, como se fosse um produtor de saber científico e, como tal, livre de influências de interesses.

O alcance da Justiça dependeria do fato de estar o Magistrado a salvo de todos os obstáculos ao uso da sua racionalidade na decisão. Percebe-se, com nitidez, a semelhança entre esse procedimento e o adotado na ciência: o cientista, dono do pleno uso da própria razão, pode produzir um saber puro. (Prado, 2010, p. 84 e 85)

Como consequência do formalismo do nosso sistema jurídico, a autora aponta a crença infundada de que “um Direito burocraticamente racional poderia garantir que o curso da sociedade se desenvolvesse num ambiente de equilíbrio, com estabilidade e democracia” (Prado, 2010, p. 83).

Essa crença refletiria na maneira de seleção, formação e evolução da carreira dos Magistrados, que, por sua vez, moldariam um perfil conservador e resignado. Segundo José Renato Nalini, ex-Presidente do TJSP, no prefácio da obra estudada:

A estrutura da carreira judicial favorece o imobilismo e certa resignação funcional. Na Justiça comum estadual, é longo o percurso até o último patamar, suficiente para sufocar a rebeldia, aplinar a originalidade, refrear a criatividade. A Magistratura reflete a feição conservadora da sociedade organizada, no mundo destinado à estabilidade. (Prado, 2010, p. XIII)

Ainda segundo ele, a magistratura seria uma carreira “cercada de expectativas de comportamento, em que não há lugar para o inesperado e o inovador e à qual acorrem indivíduos com expectativas de um trabalho seguro e com remuneração garantida” (Nalini, 1997, p. 9).

Para Lídia Reis de Almeida Prado, esse perfil do “juiz seguro” dificulta o acesso à consciência da criatividade e outros conteúdos do arquétipo da *anima* (Prado, 2010, p. 68).

O afastamento da *postura legalista, própria do dinamismo patriarcal, rígido e intransigente no seu cego atendimento às regras*, e a incorporação, pelos Magistrados, dos elementos da *anima* (a intuição, a espontaneidade, o sentimento e a criatividade) à sua consciência tornam possível que “o outro seja contextualizado e tratado em sua especificidade. Essa integração propicia ao juiz realizar, com maior plenitude, a justiça do caso concreto” (Prado, 2010, p. 84 e 85 - grifos nossos).

Ou, como mencionado por Miguel Reale, autor referido na obra, “o segredo da justiça está no fato de o juiz saber que a neutralidade não significa fugir das pessoas em litígio, mas se colocar na posição delas” (Reale, 1994, p. 67), o que chamamos de empatia.

Para bem decidir, os Magistrados não devem se esquivar da humanidade e das dores das pessoas envolvidas no processo e de suas próprias, mas devem ser cada vez mais humanos, preocupar-se com o “destino das pessoas e dos grupos envolvidos no processo, assim como com as consequências que suas sentenças terão na vida dos litigantes” (Prado, 2010, p. 84). Um formalismo e racionalismo excessivos construídos dentro de uma matriz iluminista e de um dinamismo patriarcal rígido criaram um direito burocraticamente racional, que fomenta a resignação, o imobilismo, o conservadorismo, sem espaço para a inovação, a criatividade e a empatia. Esse padrão resulta decisões com pouca contextualização e atendimento às especificidades dos casos e baixa análise das consequências da vida dos litigantes, o que limita a realização da justiça no caso concreto.

## 2.2 CONEXÃO DOS JUÍZES COM SUAS QUESTÕES PSICOLÓGICAS

Profissões relacionadas a graves problemas humanos podem acarretar dificuldades psicológicas para quem as exerce (Prado, 2010, p. 44-45).

No caso dos juízes, José Renato Nalini “menciona a existência de crises psicológicas rotineiras, e sugere a implantação de um mecanismo de acompanhamento dos julgadores (preventivo quando possível) e de desenvolvimento pessoal. A terapia, para ele, neutralizaria as influências do estresse, causado pelo exercício profissional, além de debelar eventuais sintomas” (1997, p. 9).

Além dos problemas inerentes a outras profissões de grande responsabilidade, explica Lídia Reis de Almeida Prado que uma das dificuldades que podem vitimar os juízes é a possível repressão<sup>6</sup> pelo Magistrado do mal potencial que existe dentro dele, crença que pode se acentuar em função do isolamento e do autoritarismo: “o mal só existe no réu, fraca criatura, que vive num mundo totalmente diverso do seu. [...] Essa situação significa que o juiz torna-se tão somente juiz, esquecendo-se que tem como possibilidade um réu dentro de si” (2010, p. 43).

As consequências dessa repressão são a identificação do ego do Magistrado, da sua própria identidade, com o papel social que exerce, a toga, fenômeno

<sup>6</sup> Repressão: “Após Freud, palavra geralmente empregada para se referir a um processo psíquico, em que elementos conscientes não desejados são eliminados do campo do ego, tornando-se inconscientes, mas sem perder o seu conteúdo emocional” (Prado, 2010, p. 180).



chamado *inflação da persona*. O juiz pode se considerar um ser perfeito, a própria justiça, o que conduz à arrogância e ao complexo de autoridade (Prado, 2010, p. 43, 44 e 105).

Além de negar o seu “condenado interior”, o juiz que não se empenhe em trazer para a consciência seus conteúdos inconscientes também pode projetar<sup>7</sup> suas características indesejadas e reprimidas nos jurisdicionados:

O ato de julgar implica projeção, entendida como um mecanismo inconsciente, por intermédio do qual alguém *tira de si e coloca no mundo externo* (em outro, ou em alguma coisa) *os próprios sentimentos, desejos e demais atributos tidos como indesejáveis*. Essa ligação entre julgamento e projeção traz um complicador, a formação de sombra<sup>8</sup>.

Por isso, creio ser importante que o juiz – mais talvez do que qualquer outro profissional – *entre em contato com seus conteúdos sombrios, trazendo-os à consciência. Dessa forma, poderá talvez projetá-los menos*. Isso ocorrerá se buscar entender o significado desse possível infrator que – como todo ser humano – tem dentro de si, reconhecendo-se como tal. (Prado, 2010, p. 46 e 47 – grifos nossos)

Para melhorar o envolvimento do Magistrado com suas questões psicológicas reprimidas, a autora ressalta a importância do relacionamento afetivo com amigos e família:

O importante é que haja amor e o julgador seja atingido através de prismas diferentes daqueles colocados nas relações com as pessoas que o cercam no seu ambiente de trabalho. Desse modo, de volta à própria vida, que talvez abandonara para investir energia no fato de ser

---

<sup>7</sup> Projeção: “O conceito vem da Psicanálise, que a considera como um mecanismo de defesa do ego, uma operação inconsciente, através da qual o indivíduo tira de si e coloca no outro (coisa ou pessoa) qualidades, sentimentos, desejos que lhe parecem inaceitáveis. A projeção não depende da vontade, pois é automática” (Prado, 2010, p. 179).

<sup>8</sup> Sombra: “Representa nosso lado esquecido, desvalorizado ou reprimido, assim como todas as possibilidades de desenvolvimento rejeitadas pelo indivíduo” (Prado, 2010, p. 180).

juiz, poderá realizar um bom Direito. (Prado, 2010, p. 47)

Assim, o juiz que tem consciência da própria sombra, pode, sem dúvida, prestar um grande serviço ao Direito e à Justiça. Lídia de Almeida Prado chama de *jugador-julgado* esse Magistrado que, “embora procure orientar sua vida e seu trabalho pela legalidade e pela ética, sabe que contém, como possibilidade, aquele condenado interior” (Prado, 2010, p. 46).

Como visto, o afastamento da ideia da decisão como um processo puramente lógico permite a incorporação pelo juiz, de forma consciente, de conteúdos emocionais no processo decisório.

Nesse sentido, a autora destaca, do pensamento de Recaséns Siches, a atribuição de relevância à criatividade, à intuição e ao sentimento do juiz, cuja importância ficaria evidenciada pela etimologia da palavra sentença, que vem de *sentire*, isto é, experimentar uma emoção, uma intuição emocional. O juiz decidiria por uma certeza que se forma de modo direito, e não em virtude de um raciocínio (Prado, 2010, p. 18).

Anos depois da afirmação, a pesquisa de António Damásio com pacientes com lesões nas partes do cérebro responsáveis pelas emoções comprovou que a emoção é parte integrante do processo de raciocínio e pode auxiliar esse processo ao invés de, como se costumava supor, necessariamente perturbá-lo (2010, p. 6). “Quando a emoção não figura de modo algum no quadro do raciocínio, como ocorre em certas doenças neurológicas, a razão mostra-se ainda mais falha do que quando a emoção nos prega peças na hora de decidir” (2012, p. 8).

O autor conclui pelo uso da “emoção como, no mínimo, uma auxiliar da razão e, na melhor das hipóteses, mantendo um diálogo com ela”. E elucida que não opõe a emoção à cognição, pois, segundo ele, “a emoção transmite informações cognitivas, diretamente e por intermédio dos sentimentos” (Damásio, 2010, p. 8 e 9).

Em consonância com o pensamento aqui exposto, “o fortalecimento da racionalidade requer que seja dada uma maior atenção à vulnerabilidade do mundo interior” (Damásio, 2010, p. 278).

Assim, no processo decisório humano, a emoção desempenha vários papéis (Damásio, 2010, p. 7). Dessa feita, ainda que, no caso da decisão judicial, se tenha uma expressão escrita, que obedece a padrões e segue a lógica formal, de

modo a permitir um controle de racionalidade da atividade do Poder Judiciário, antes de tudo, ela é um processo interno que a lógica formal não dá conta de substituir.

O Magistrado não está imune às influências do inconsciente (Prado, 2010, p. 96). Portanto, sua neutralidade não é possível. Paradoxalmente, essa constatação tem o potencial de tornar as decisões mais imparciais. Enquanto negados e reprimidos, os sentimentos mantidos inconscientes dominam as decisões de forma muito mais poderosa e incontrolável. O esforço de tornar conscientes os elementos emocionais que influem nas decisões, de um lado, representa o reconhecimento da ausência do controle da razão, mas, de outro, torna as influências pessoais mais controláveis. Isso porque o Magistrado, consciente de seus sentimentos, do que o afeta em cada caso, das relações que faz com suas experiências pessoais, não formará sua convicção de forma inconsciente com base em preconceitos. Ele poderá sentir, reconhecer que o caso o afeta de modo particular e separar o que é sua experiência de vida, seus valores pessoais, do que é específico do caso em questão, usando suas afetações para produzir conexão e empatia ao invés de projeções.

### **3 DUAS DAS PRINCIPAIS TECNOLOGIAS DISPONÍVEIS AOS MAGISTRADOS BRASILEIROS ATUALMENTE - O ASSISTENTE DIGITAL DO MAGISTRADO E O VICTOR**

Um racionalismo extremo no Judiciário fomenta imobilismo, conservadorismo, em lugar de inovação, criatividade e empatia. Por outro lado, um juiz humano conectado com sua *anima* e sua sombra pode julgar produzindo decisões com maior atendimento às especificidades dos casos e análise das consequências da vida dos litigantes.

Investigaremos, então, as atividades que vêm sendo realizadas em tribunais brasileiros por tecnologias que simulam a capacidade humana de raciocinar, perceber, tomar decisões e resolver problemas (Ciriaco, 2008), assim entendidas as “inteligências artificiais” ou “robôs” no âmbito deste trabalho, para, em seguida, levantar questões sobre as possíveis consequências dessa utilização.

A inteligência artificial já é utilizada por escritórios de advocacia, departamentos jurídicos e Tribunais nos Estados Unidos e no Brasil para atividades como realizar pesquisas jurídicas, analisar enorme quantidade de dados em segundos e selecionar informações e documentos relevantes para o

caso, entender os processos e o significado de leis e decisões judiciais, responder em linguagem natural, gerir processos e contratos, auxiliar em negociações e conciliações, avaliar o perfil dos julgadores, prever decisões judiciais, criar documentos, petições e decisões automaticamente mediante análise do processo (Markof, 2011; Son, 2017; Lopes, 2017; Borrelli, 2018; Sapotek, 2016).

No Brasil, desde agosto de 2018, o Supremo Tribunal Federal está usando Victor, o robô que, entre outras tarefas, identifica temas mais recorrentes de repercussão geral, auxiliando no juízo de admissibilidade dos recursos. Sobre o projeto, assim é ele descrito na página do mencionado tribunal:

Na fase inicial do projeto, Victor irá ler todos os recursos extraordinários que sobem para o STF e identificar quais estão vinculados a determinados temas de repercussão geral. Essa ação representa apenas uma parte (pequena, mas importante) da fase inicial do processamento dos recursos no Tribunal, mas envolve um alto nível de complexidade em aprendizado de máquina.

Victor está na fase de construção de suas redes neurais para *aprender a partir de milhares de decisões já proferidas no STF* a respeito da aplicação de diversos temas de repercussão geral. O objetivo, nesse momento, é que ele seja capaz de alcançar níveis altos de acurácia – que é a medida de efetividade da máquina –, para que possa auxiliar os servidores em suas análises.

[...]

O projeto está sendo desenvolvido em parceria com a Universidade de Brasília – UnB, o que também o torna o *mais relevante Projeto Acadêmico brasileiro relacionado à aplicação de IA no Direito*.

[...]

*Victor não se limitará ao seu objetivo inicial. Como toda tecnologia, seu crescimento pode se tornar exponencial e já foram colocadas em discussão diversas ideias para a ampliação de suas habilidades. O objetivo inicial é aumentar a velocidade de tramitação dos processos por meio da*

utilização da tecnologia para auxiliar o trabalho do Supremo Tribunal. *A máquina não decide, não julga, isso é atividade humana. Está sendo treinado para atuar em camadas de organização dos processos para aumentar a eficiência e velocidade de avaliação judicial.*

Os pesquisadores e o Tribunal esperam que, em breve, *todos os tribunais do Brasil poderão fazer uso do Victor para pré-processar os recursos extraordinários logo após sua interposição (esses recursos são interpostos contra acórdãos de tribunais), o que visa antecipar o juízo de admissibilidade quanto à vinculação a temas com repercussão geral, o primeiro obstáculo para que um recurso chegue ao STF. Com isso, poderá impactar na redução dessa fase em 2 ou mais anos. Victor é promissor e seu campo de aplicação tende a se ampliar cada vez mais. (STF, 2018a)*

A ministra explicou que a ferramenta será utilizada na execução de quatro atividades: conversão de imagens em textos no processo digital, separação do começo e do fim de um documento (peça processual, decisão etc.) em todo o acervo do Tribunal, separação e classificação das peças processuais mais utilizadas nas atividades do STF e a *identificação dos temas de repercussão geral de maior incidência.*

Segundo informou a Presidente, os testes com os processos envolvendo repercussão geral foram iniciados com 27 temas mais recorrentes no Tribunal, representando 60% do total de temas regularmente identificados. Ela informou que atualmente o nível de precisão na triagem é de 84%, mas que atingirá 95% no próximo mês (STF, 2018b).

*O sistema identifica o tema de repercussão geral veiculado em cada processo e o indica ao Presidente do STF, para o fim de devolução do recurso à origem ou rejeição do processo. A ideia é de que o Victor seja aproveitado por outros órgãos, como os tribunais de segunda instância, e que*

seja ampliado para executar outras tarefas de auxílio ao trabalho dos ministros do STF, como a identificação de jurisprudência, por exemplo (STF, 2018c).

Em junho de 2018, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) iniciou a fase de teste do Assistente Digital do Magistrado. Segundo representantes da *Softplan*, desenvolvedora do sistema:

O robô desta solução seleciona todas as partes importantes de um processo e *sugere a melhor decisão ao Magistrado, já com indicação de jurisprudências e leis*. O trabalho do profissional é extremamente otimizado, já que *fica responsável pela revisão da peça e pelos argumentos finais*.

“É importante ressaltar que o Magistrado sempre será a parte fundamental, já que toda a estratégia intelectual é dele. A máquina é que *aprende os padrões de cada profissional e passa a trabalhar da forma com que o magistrado avalia ser mais assertiva*” (Muniz, 2018).

Essa tecnologia, que já está sendo testada de forma pioneira pelo Tribunal de São Paulo, permite que o Magistrado *tenha um assistente digital que o apoia diretamente em sua atividade-fim*. Esse assistente *sugere, a partir da leitura de todo o seu histórico anterior de intervenções para cada caso específico: qual curso de ação seguir; qual documento elaborar; em qual linha argumentativa deverá se aprofundar; qual jurisprudência aplicar*. Isso representará um ganho significativo na capacidade de trabalho dos gabinetes, o que trará maior velocidade, assertividade e qualidade nas decisões. Este é o caminho para uma Justiça mais rápida e próxima do cidadão. (Melo, 2018)

As manifestações dos Tribunais e do desenvolvedor do sistema reiteram que, embora haja interesse de expansão do uso dessas tecnologias, a atividade de julgar continua a ser humana, a estratégia intelectual continua pertencendo

ao Magistrado e que o uso dessas tecnologias visa reduzir custos e aumentar a produtividade, a eficiência e a velocidade da atividade jurisdicional<sup>9</sup>.

É recorrente também a referência de que as tecnologias permitem um desejado embasamento das decisões em *dados concretos* em lugar da *intuição*<sup>10</sup>, criando um ambiente *data-driven* (orientado por dados), ou seja, decisões criadas matematicamente por meio da análise e “absorção”, pelas inteligências artificiais, do imenso volume de informação consistente nas decisões anteriores dos Tribunais.

Em Resumo, as tecnologias analisadas aprendem a partir de decisões anteriores – no caso do STF, as decisões da Corte acerca dos principais temas de repercussão geral e, no caso do TJSP, as decisões do Magistrado usuário do sistema<sup>11</sup> –, permitindo a avaliação de novos processos e indicação/sugestão da melhor decisão, com base no conhecimento aprendido. No caso do TJSP, o assistente digital também sugere, replicando o padrão do usuário, em qual linha argumentativa deverá se aprofundar; qual jurisprudência aplicar. O Magistrado fica responsável pela revisão da peça e pelos argumentos finais. O uso das tecnologias visa promover celeridade e objetividade nas decisões.

#### 4 POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DO USO DAS INTELIGÊNCIAS ARTIFICIAIS NOS TRIBUNAIS

Quando se trata da adesão do Poder Judiciário a instrumentos baseados em inteligência artificial, muitas perguntas podem ser levantadas. Por exemplo, se haverá de fato um aumento da objetividade e da imparcialidade das decisões, respeitada a coerência e previsibilidade do órgão jurisdicional. Questiona-se,

<sup>9</sup> “Tarefas que hoje são operacionais e repetitivas tendem a ser substituídas por sistemas que poderão escalar a capacidade humana, aumentando produtividade e reduzindo custos. Porém, tarefas que exigem raciocínio e tomada de decisão estão longe de serem substituídas, se um dia forem.” (Karpinski, 2018)

<sup>10</sup> “De acordo com a diretora-executiva da Hi-LAW, já existem ferramentas que reduzem as decisões baseadas na intuição e permitem uma tomada de decisão alicerçada em dados concretos” (Petersen, 2018c); “A estruturação do imenso volume de informação marca o fim do tempo em que as decisões eram tomadas por intuição. Gestores e magistrados agora decidem com base em dados” (GauchaZH, 2018); “Como transformar o departamento jurídico da empresa ou o escritório de advocacia em um ambiente *data-driven*. Integrado com o conhecimento jurídico, isso proporciona maior assertividade na tomada de decisões”, disse Melo” (Petersen, 2018b).

<sup>11</sup> Um *software* de IA dentro de um gabinete de Magistrado é treinado e “a partir desse acervo de conhecimento, realiza o trabalho da forma mais calibrada possível com o raciocínio jurídico do Magistrado” (Petersen, 2018a).

também, se haverá um maior cuidado para a prolação de cada nova decisão e, ainda, clara explicitação das circunstâncias fáticas, a viabilizar o *distinguishing*, diante da consciência de que cada uma será paradigma para casos futuros? Além disso, se o tempo poupado permitirá um cuidado maior com os aspectos humanos das demandas judiciais, como o empenho para a solução dos reais conflitos nelas ocultos. Esse tempo poderá ser investido pelos Magistrados no seu autoconhecimento e em sua própria humanidade, evitando a interferência de fatores psicológicos inconscientes nas decisões?

Por outro lado, pode-se questionar sobre a diminuição da criatividade e da adaptação das decisões às rápidas mudanças sociais ou se haverá o fim da análise acurada das especificidades dos casos concretos. Seria a massificação das decisões, em nome da celeridade, com redução da qualidade? Significaria a redução do senso crítico, o aumento do conformismo, a perpetuação de antigos preconceitos?

O uso dos robôs que sugerem decisões supostamente isentas, baseadas em dados objetivos, matemáticos, pode fortalecer um racionalismo excessivo que, embora em processo de superação, ainda é predominante na magistratura.

Some-se à tendência cartesiana presente na Justiça, a formação conservadora de Magistrados, que, segundo José Renato Nalini e Lídia Reis de Almeida Prado, inibe a criatividade e a inovação e podemos vislumbrar um perigo de uma justiça estacionária, com perpetuação de decisões que não se adaptam às mudanças sociais.

No caso de Magistrados com pouco contato com suas questões emocionais, que se escondem atrás da pretensa neutralidade, a indicação, por um sistema aparentemente livre de subjetividades humanas, da melhor decisão a se proferir, poderia legitimar um afastamento ainda maior dos seres humanos envolvidos no processo.

O risco é a desumanização: perder de vista as pessoas envolvidas, tornando-se o Magistrado um mero técnico eficiente “esquecido da matéria-prima das demandas: as dores, sofrimentos e tragédias humanas” (Nalini, 1997, p. 6-10). A máquina tem esse efeito de distanciamento de que é preciso cuidar. As pessoas, as dores deixam de ser pessoas e tornam-se dados.



Assim, se entendidos como “calculadoras de sentenças” que fornecem resultados matemáticos incontestáveis, de valor maior do que elementos não racionais, esses instrumentos podem ter efeitos bastante deletérios.

Por outro lado, as tecnologias podem ser uma ferramenta grandiosa, se interpretadas como fornecedoras de mais um elemento para a análise da demanda, de igual ou menor valor que todos os demais elementos individuais do caso concreto.

Há, no uso das inteligências artificiais, um interessante antagonismo: de um lado, elas exaltam o valor da racionalidade, inclusive expandindo seu alcance a um nível desumano, com análises de dados em volume inalcançável pelo homem. Ao mesmo tempo, ao levar a humanidade ao reconhecimento da limitação da sua própria racionalidade e até da sua prescindibilidade em níveis muito elevados – uma vez que o “trabalho pesado” pode ser feito pelas máquinas –, pode conduzir à valorização de outros atributos humanos, de muito mais difícil replicação artificial: o sentimento, a empatia, a criatividade.

Então, podendo terceirizar, em parte, a razão, para a tecnologia, que a realizará em níveis exponencialmente superiores à capacidade humana atual, detentores deste “anexo de razão” de proporções quase ilimitadas, o (juiz) humano pode concentrar suas energias em aprimorar as habilidades que subvalorizou por tanto tempo.

No caso dos Magistrados, essas tecnologias impõem outra mudança significativa: a fácil “checagem” da sua decisão – por si mesmo, por seus pares e eventuais Tribunais que a revisarão, opondo-a, em segundos, a milhares de outras decisões em casos análogos – pode tanto reduzir o autoritarismo e a arbitrariedade eventualmente provocados pela identificação com a toga (persona), quanto provocar a humildade de perceber-se humano, limitado e parte de uma grande estrutura.

Além disso, para Magistrados mais conectados com suas questões interiores, essa confrontação automática pode ajudar a chamar a atenção e trazer à consciência eventuais questões pessoais que tenham influenciado sua decisão, quando ele tiver escolhido seguir um caminho muito diverso do da maioria dos colegas. Assim, podendo separar o que é o seu conteúdo pessoal, suas experiências e preconceitos do que, de fato, são questões que sua sensibilidade pôde captar de extraordinário no caso concreto, o Magistrado poderá escolher

decidir acompanhando a jurisprudência majoritária ou inovando, de forma fundamentada.

Por outro lado, oferecer mais um instrumento matemático a operadores do Direito com uma formação que desencoraja a criatividade pode reduzir, ainda mais, seu acesso às suas possivelmente já reprimidas emoções, submetendo-as à checagem constante. O operador precisará de força interior ainda maior para fiar-se em suas intuições quando todo o sistema e, agora, a tecnologia e os dados forem contra as suas convicções pessoais.

Em resumo, a exponencial análise de dados fáticos, de um lado, pode permitir mais objetividade e menos projeções. Mas, de outro, pode acontecer que o uso desses dados racionais, se considerados de um valor superior aos emocionais, levem a um menor acesso a esses últimos, e a uma consequente maior repressão ou projeção da sombra, dos conteúdos indesejados do juiz, o que levaria a uma interferência mais descontrolada de elementos subjetivos do Magistrado nas decisões.

Como já referido, parece paradoxal, mas acolher mais as “subjetividades” pode trazer mais objetividade. Reconhecer as emoções e torná-las conscientes ao invés de reprimi-las faz com que elas deixem de controlar de maneira inconsciente as decisões.

O uso dessas tecnologias no Judiciário também objetiva alcançar maior previsibilidade e uniformização das decisões, aumentando a segurança jurídica. Essa não é uma busca nova, mas, no passado, como a análise de dados era humana e “artesanal”, de um lado, o uso da jurisprudência atingia proporções infinitamente menores, de outro, não prescindia de um julgamento humano pormenorizado de cada decisão usada como paradigma. As novas tecnologias viabilizarão a massificação desse processo. A acurácia das análises, de modo a encontrar paradigmas de casos cada vez mais perfeitamente análogos, certamente aumentará com o tempo, equiparando-se ou talvez superando a avaliação humana. Entretanto, para a viabilização da correta análise da adequação dos precedentes pelas inteligências artificiais, será necessário que as razões de decidir e as especificidades do caso sejam ainda mais explícitas, de modo que se tornem dados claros a serem computados, e não contextos extraídos das entrelinhas.

Uma questão que se coloca, entretanto, é se esse uso já não é uma forma de decisão pela inteligência artificial. Na prática, no caso do STF, por exemplo,

os Magistrados avaliarão um a um os recursos indicados pelo sistema como enquadrados em um determinado tema de repercussão geral, com a mesma atenção que analisavam na ausência da indicação da máquina, ou a tendência é que a máquina “decida”, uma vez que suas indicações serão acatadas pelos Magistrados?

Ou ainda: como no ponto atual do avanço tecnológico esses sistemas ainda não têm a habilidade de criar novas soluções, mas apenas replicar as decisões anteriores, a facilidade por eles proporcionada, somada ao grande volume de trabalho dos Magistrados, pode levar à negligente replicação em massa das decisões já existentes?

Se for o caso, um outro relevante problema precisa ser abordado: os sistemas podem, sem qualquer senso crítico, que ainda não possuem, replicar em massa decisões preconceituosas, automatizando processos humanos ruins.

Sobre a questão, institutos e universidades norte-americanas vêm se debruçando desde a constatação de que um dos *softwares* usados por seus Tribunais, uma ferramenta de avaliação de probabilidades de reincidência dos réus, teria se mostrado racista, por replicar decisões penais preconceituosas contra réus afro-americanos (Pimentel, 2018; Schmitt, 2018; Bavitz, Weber e Jones, 2017; Buocz, 2018):

*‘It’s important to acknowledge that there’s this background, we’re not starting with a blank slate, and there’s lots of history here. In fact, many of the problems the introduction of technology is going to cause is because it’s automating bad human processes’, Krishnamurthy says. ‘Do you blame the AI system for passing racist sentences, or do you blame hundreds of years of human judges who have been discriminating against certain segments of the population?’*

*This mindset also offers a chance to reflect on these institutional systems. ‘The introduction of AI into these [existing systems] presents a unique opportunity to reassess the values we are institutionalizing. If we have the chance to make the system more fair, or to enhance a specific right for more people by using AI, should we? And can we do that*

*within the existing legal framework?’ asks Hannah Hilligoss, also an author on the paper. (Schmitt, 2018)*

Os Magistrados que se valerem das soluções indicadas pelos sistemas precisarão ter um senso crítico ainda mais acurado para evitar a replicação de preconceitos incutidos nas decisões pretéritas que hoje formam o repertório disponível nesses sistemas.

Outro aspecto tratado como uma vantagem do uso das tecnologias nas decisões judiciais é que ele evitaria decisões baseadas em intuição, tornando-as decisões *data-driven* (orientadas por dados).

Antônio Damásio elucida que as decisões humanas intuitivas *são data-driven*. A intuição é uma decisão tomada com base em dados concretos da experiência pessoal, um processo cognitivo rápido, em que a razão não toma conhecimento de todas as etapas lógicas pelas quais a mente passou para chegar a determinada conclusão: “Ao contrário da opinião científica tradicional, [os sentimentos] são precisamente tão cognitivos como qualquer outra percepção” (Damásio, 2010, p. 15). Considerando-se a experiência de um Magistrado veterano, haverá, em sua “base de dados”, inclusive, muito mais dados dos que os hoje compiláveis pelos sistemas.

Pode-se pensar que afastar subjetivismos seja algo desejado. A questão é que o tipo de dados objetivos hoje coletados (as decisões) não deixa de ter por trás uma série de dados subjetivos (intuições, sentimentos, projeções e preconceitos dos Magistrados) que não estão sendo considerados nas análises.

Como visto, no processo decisório, a emoção desempenha vários papéis. “Por exemplo, a emoção pode dar mais relevo a determinada premissa e, assim, influenciar a conclusão em favor dessa premissa” (Damásio, 2010, p. 7). Assim, considerando-se que as inteligências artificiais utilizam decisões anteriores para produzir novas decisões, é relevante considerar que o processo de decisão é maior do que a formulação do texto escrito.

O problema aqui não é a prolação de decisões baseadas em dados pessoais dos Magistrados, mas decisões baseadas em dados desconhecidos. E isso se aplica tanto aos dados que alimentam os sistemas informatizados quanto aos gravados no inconsciente dos julgadores.

Se antes a intuição trazia aos juízes o acesso à sua “*big data* pessoal” – informações gigantescas de todo o seu acervo pessoal e coletivo armazenado por séculos de conhecimento cultural –, agora, a cada vez mais, o juiz poderá acessar tanto os seus conteúdos internos quanto a *big data* objetiva recolhida pelos sistemas informatizados, o que deve fazer de forma consciente e crítica.

Por fim, uma das vantagens levantadas pelos Tribunais e pelos desenvolvedores para o uso dos sistemas é o aumento da produtividade dos Magistrados. A vantagem é inegável, mas depende de como a economia de tempo será aproveitada: reduzindo contratações de Magistrados e aumentando o número de processos por juiz? Ou permitindo que o uso do tempo, para lidar com o mesmo número de processos, seja otimizado, de modo a buscar soluções mais profundas para os conflitos, evitando o retorno ao Judiciário e, ainda, atingindo a celeridade necessária à justiça? Permitindo que os juízes dediquem mais tempo a efetiva tarefa de promoção da paz social, criando novas decisões que resolvam efetivamente os problemas sociais e interpessoais ou replicando indiscriminadamente soluções antigas?

O instrumento tecnológico pode ser muito útil se o tempo poupado em tarefas mecânicas for utilizado pelos Magistrados e servidores para: (i) maior humanização de sua prática e aproximação das partes, atendendo ao jurisdicionado de maneira mais integral e fomentando a solução dos conflitos de fundo e, assim, a redução da judicialização; (ii) autoconhecimento, atendimento psicológico e até mesmo convívio familiar que viabilizem o cuidado com seus conteúdos emocionais e preconceitos, repercutindo na qualidade do atendimento e imparcialidade das decisões; (iii) elaboração de decisões criativas e inovadoras que se adequem às mudanças sociais e atendam às especificidades do caso e as explicitem claramente, com celeridade.

A possibilidade de decisões serem proferidas por inteligências artificiais conduz à reflexão: a influência da humanidade nas decisões era uma contingência inafastável do ato humano de julgar ou é um elemento desejável? Se, enfim, decidirmos que não apenas aceitamos, mas desejamos a incorporação de atributos humanos como os sentimentos, intuições, sensibilidade e criatividade dos juízes nas decisões, reconhecemos um menor valor ao esforço de uniformização e previsibilidade das decisões que traria “segurança jurídica”? Decisões personalizadas, que consideram os aspectos humanos de cada caso, têm um maior potencial de promoção da paz social do que decisões massificadas?

A resposta não deve ser baseada nem no “radical cientificismo formalista (objetivismo), nem no humanismo exagerado (subjetivismo)” (Prado, 2010, p. 8).

Mostra-se complementar o uso das inteligências artificiais e da inteligência humana de forma integral (englobando o sentimento, ato cognitivo, conforme elucidado). A busca pela objetividade da análise de grande volume de dados pode favorecer o cuidado com os aspectos subjetivos do juiz. Se somada a racionalidade das máquinas à incorporação nas decisões de aspectos humanos antes temidos como a sensibilidade que viabiliza a visão integral do conflito e a análise das consequências das decisões na vida das pessoas, a dupla Magistrado-homem-assessor-digital promete alcançar resultados mais satisfatórios do que os atuais.

O uso das inteligências artificiais, assim, pode auxiliar significativamente no esforço de unificação, aumento da previsibilidade das decisões e da segurança jurídica, e ao mesmo tempo, permitir maior individualização, contextualização do caso concreto e, por que não, empatia.

## CONCLUSÃO

A obra *O juiz e a emoção*, de Lídia Reis de Almeida Prado (2010), foi pioneira no Brasil ao tratar da importância de o juiz tornar conscientes aspectos da sua psique e utilizá-los na tomada de decisão, sem excluir o pensamento.

Partindo do pressuposto da função jurisdicional como uma atividade criadora, rejeitando a ideia de sentença como um silogismo e desmistificando a neutralidade do juiz, a uniformidade e generalidade do Direito e a segurança jurídica inexorável, a autora atribui relevância à criatividade, à intuição, à personalidade e à sensibilidade do juiz.

Apesar da tendência científica e social no sentido da valorização do uso da emoção *junto com* o pensamento, especialmente para a tomada de decisões, no contexto judicial ainda predominam a razão e a lógica, sendo pertinente a difusão dessa ideia.

Segundo a autora, o formalismo jurídico é provocado: (i) pela segregação de características vistas como femininas e o domínio do dinamismo patriarcal caracterizado pela rigidez de atitudes mentais dogmáticas e abstratas, regência pela ordem, dever, senso prático e polarização; (ii) pelas concepções do racionalismo iluminista, de separação dos Poderes e da existência de setores

puros de conhecimento, endossada, no mundo jurídico, por Kelsen e seus seguidores; (iii) pela ultrapassada maneira como o Judiciário brasileiro seleciona, forma e promove seus Magistrados.

Suas consequências seriam: (i) um Direito burocraticamente racional; (ii) uma postura legalista rígida; (iii) um perfil de juiz conservador, não inovador, com pouco acesso consciente à sua criatividade, emoção e intuição; (iv) baixa contextualização e atendimento às especificidades dos casos; (v) pouca empatia e comprometimento com as consequências das decisões na vida das pessoas, conjunto que dificulta a plena realização da justiça no caso concreto.

Diante desse cenário e por lidar a magistratura com graves problemas humanos e, ainda, por ser em alguns casos associada ao isolamento e ao autoritarismo, pode acarretar dificuldades psicológicas como o estresse e mecanismos inconscientes de defesa, como a repressão e a projeção, que recomendam o acompanhamento terapêutico, um trabalho de desenvolvimento pessoal e o relacionamento afetivo com amigos e família, com o objetivo de tornar conscientes os elementos emocionais que influem nas decisões.

Esse esforço, de um lado, representa o reconhecimento da ausência do controle da razão, mas, de outro, torna as influências pessoais mais controláveis, na medida em que, reconhecidas as afetações do Magistrado com o caso, ele não formará sua convicção com base em preconceitos de forma inconsciente, mas poderá separar o que são sua experiência e valores pessoais do que é específico do caso em questão. Isto é, ter a consciência de todos os elementos que contribuem na formação da convicção – incluídos os não racionais – tem o potencial de tornar as decisões mais imparciais.

No Brasil, desde junho e agosto de 2018, respectivamente, o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Supremo Tribunal Federal estão testando e usando o Assistente Digital do Magistrado e Victor, inteligências artificiais que recomendam decisões para processos, a partir do conhecimento aprendido com decisões anteriores, com o objetivo de promover celeridade e objetividade das decisões (embasamento em dados concretos e não na intuição).

A adesão do Poder Judiciário a instrumentos baseados em inteligência artificial conduz a questionamentos relativos a seus possíveis efeitos: além da celeridade e objetividade referidas, também quanto à imparcialidade,

previsibilidade, qualidade, inovação, massificação, individualização das decisões e na solução dos conflitos em si.

O uso dos robôs que sugerem decisões de forma matemática pode fortalecer um racionalismo, formalismo e conservadorismo excessivos no Judiciário, favorecendo mecanismos de repressão e projeção nos Magistrados e, assim, uma influência mais poderosa de aspectos inconscientes nas decisões, além de inibir a criatividade, a inovação e a empatia, promovendo uma justiça estacionária e desumanizada, com perpetuação de decisões que não se adaptam às mudanças sociais ou se conectam com as pessoas e suas dores.

Por outro lado, as análises de grandes volumes de dados podem ser muito úteis se utilizadas como mais uma ferramenta de julgamento que confirma a importância da racionalidade e, simultaneamente, por poder ser realizada de forma artificial, valoriza outros atributos humanos de muito mais difícil replicação: o sentimento, a empatia, a criatividade.

O uso dessas tecnologias no Judiciário também objetiva alcançar maior segurança jurídica e previsibilidade das decisões, por meio da uniformização baseada em precedentes, o que demandará a prolação de decisões com as especificidades do caso explícitas, de modo que se tornem dados computáveis.

Questiona-se se o acatamento pelos Magistrados das sugestões de decisão das inteligências artificiais significa, na prática, que elas já estão exercendo o ofício judicial. E se isso pode conduzir a uma replicação em massa e perpetuação das decisões já existentes, o que se torna ainda mais relevante no caso de decisões preconceituosas.

Quanto à suposta vantagem apresentada pelos desenvolvedores dos sistemas de que o uso das tecnologias evitaria decisões baseadas em intuição, tornando-as decisões *data-driven* (orientadas por dados), conclui-se que a intuição também é uma decisão tomada com base em dados concretos (no caso, da experiência pessoal), um processo cognitivo rápido, com etapas lógicas de que a razão não toma conhecimento.

Ainda quanto a esse ponto, ressalta-se que os dados objetivos nos quais se baseiam as inteligências artificiais (as decisões) não deixam de ter por trás uma série de dados subjetivos (intuições, sentimentos, projeções e preconceitos dos magistrados) que não estão sendo considerados nas análises. Assim, o problema



não seriam as decisões baseadas em dados pessoais dos Magistrados, mas decisões baseadas em dados desconhecidos, tanto os que alimentam os sistemas informatizados quanto dados inconscientes dos julgadores.

Por fim, é importante que o aumento da produtividade dos Magistrados seja aproveitado, não para a redução proporcional do número de Magistrados (aumento do número de processos por vara), mas para o aumento da qualidade do atendimento, promovendo a efetiva solução dos conflitos e, assim, a redução da judicialização.

Conclui-se pela complementaridade do uso das inteligências artificiais e da inteligência humana de forma integral (englobando o sentimento, ato cognitivo, conforme elucidado), que, juntas, podem auxiliar no esforço de unificação, aumento da previsibilidade das decisões e da segurança jurídica, e, ao mesmo tempo, permitir maior individualização, contextualização do caso concreto e empatia.

Nos dois casos – no acesso às informações compiladas pelos sistemas digitais, como no acesso aos saberes pessoais do magistrado –, entretanto, é imprescindível a consciência dos dados que estão sendo utilizados, permitindo, assim, a análise crítica da validade das constatações tecnológicas e humanas.

Tanto os dados amplos quanto a emoção, a sensibilidade e a intuição devem ser incorporados para enriquecimento das decisões. Mas é imprescindível que sua origem seja conhecida e avaliada criticamente. Que nada fique na sombra.

## REFERÊNCIAS

BAVITZ, Christopher; WEBER, Gretchen; JONES, Daniel. *When a Bot is the Judge*. Dezembro de 2017. Disponível em: <<https://cyber.harvard.edu/podcast/when-a-bot-is-the-judge>>. Acesso em: 1º dez. 2018.

BORRELLI, Isabela. Como a inteligência artificial está revolucionando o Direito. 19 de março de 2018. Disponível em: <<https://startse.com/noticia/inteligencia-artificial-direito-lawtech>>. Acesso em: 1º dez. 2018.

BUOCZ, Thomas Julius. *Artificial intelligence in Court Legitimacy Problems of AI Assistance in the Judiciary*. Retskraft – Copenhagen Journal of Legal Studies, v. 2, N. 1, Spring 2018. Disponível em: <<https://static1.squarespace.com/static/59db92336f4ca35190c650a5/t/5ad9da5f70a6adf9d3ee842c/1524226655876/Artificial+Intelligence+in+Court.pdf>>. Acesso em: 1º dez. 2018.

CIRIACO, Douglas. O que é inteligência artificial? 25 de novembro de 2008. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/intel/1039-o-que-e-inteligencia-artificial-.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

DAMÁSIO, Antônio R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. Trad. Laura Teixeira Motta, Dora Vicente, Georgina Segurado. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

GAUCHAZH. Gestores e Magistrados agora decidem com base em dados – A estruturação do imenso volume de informação marca o fim do tempo em que as decisões eram tomadas por intuição. 25 de junho de 2018. Disponível em: <[https://gauchazh.clicrbs.com.br/opiniao/noticia/2018/06/gestores-e-magistrados-agora-decidem-com-base-em-dados-cjiuooj1w0gar01pa24hxcwzv.html?utm\\_campaign=63\\_monitoramento\\_2706&utm\\_medium=email&utm\\_source=RD+Station](https://gauchazh.clicrbs.com.br/opiniao/noticia/2018/06/gestores-e-magistrados-agora-decidem-com-base-em-dados-cjiuooj1w0gar01pa24hxcwzv.html?utm_campaign=63_monitoramento_2706&utm_medium=email&utm_source=RD+Station)>. Acesso em: 1º dez. 2018.

KARPINSKI, Leonardo. Série Ciência de Dados Aplicada à Justiça: Inteligência Jurídica Parte I. 15 de março de 2018. Disponível em: <<http://www.sajdigital.com.br/colunistas/ciencia-de-dados-aplicada-a-justica/>>. Acesso em: 1º dez. 2018.

LEIS, Héctor Ricardo. Sobre o conceito de interdisciplinaridade. In: *Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas*, 2005. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/2176>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

LOPES, André. Advogados são o próximo alvo da inteligência artificial – Com o desenvolvimento de robôs para o setor jurídico, escritórios de advocacia ganham novos assistentes. Outubro de 2017. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/tecnologia/advogados-sao-o-proximo-alvo-da-inteligencia-artificial/>>. Acesso em: 1º dez. 2018.

MARKOF, John. Armies of expensive lawyers, replaced by Cheaper Software. *New York Times*, 4 de março de 2011. Disponível em: <[www.nytimes.com/2011/03/05/science/05legal.html](http://www.nytimes.com/2011/03/05/science/05legal.html)>. Acesso em: 3 dez. 2018.

MELO, Tiago. Tribunal de Justiça de São Paulo vive transformação digital em prol do aumento de produtividade. 6 de janeiro de 2018. Disponível em: <<http://www.sajdigital.com.br/tribunal-de-justica/tjsp-vive-transformacao-digital/>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

MICHAELIS. Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Melhoramentos, 2019?. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/HUMANIDADE/>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

MONTORO, André Franco. Lógica jurídica – Uma ferramenta para o jurista. In: *Direito Cidadania e Justiça*, São Paulo: RT, 1995.

MUNIZ, Maellen. *Futuro da justiça: instituições se reúnem para discutir o uso da inteligência artificial no Direito*. 8 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www>>.

sajdigital.com.br/pesquisa-desenvolvimento/futuro-da-justica-enatic/>. Acesso em: 1º dez. 2018.

NALINI, José Renato. A formação da vontade judicial: fatores legais, sociais e psicológicos. *Revista do Supremo Tribunal Federal*, Lex, 1997.

PETERSEN, Tomás. Inteligência artificial no Judiciário: a segunda fase da transformação digital no Direito. 25 de julho de 2018. Disponível em: <<http://www.sajdigital.com.br/pesquisa-desenvolvimento/inteligencia-artificial-no-judiciario>>. Acesso em: 1º dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Ciência de Dados e jurimetria no novo departamento jurídico: como se preparar. 5 outubro de 2018. Disponível em: <<http://www.sajdigital.com.br/departamento-juridico/ciencia-de-dados-e-jurimetria-forum-lawtech/>>. Acesso em: 1º dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Consultoria jurídica Hi-LAW oferece serviços de jurimetria baseados no Convex, da Softplan. 26 de novembro de 2018. Disponível em: <<http://www.sajdigital.com.br/lab-da-justica/hi-law-convex-softplan/>>. Acesso em: 1º dez. 2018.

PIMENTEL, Marina. Inteligência artificial poderá fazer desaparecer a profissão de juiz, mas não a de advogado. 10 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://rr.sapo.pt/noticia/130329/inteligencia-artificial-podera-fazer-desaparecer-a-profissao-de-juiz-mas-nao-a-de-advogado>>. Acesso em: 1º dez. 2018.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*: aspectos da lógica da decisão judicial. 5. ed. Campinas: Millenium, 2010.

REALE, Miguel. A ética do juiz na cultura contemporânea. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, jan./mar. 1994.

SAPOTEK. Inteligência artificial pode chegar aos Tribunais. Mas não vai fazer de juiz. 24 de outubro de 2016. Disponível em: <[http://noticias.sapo.tl/portugues/tek/artigo/inteligencia\\_artificial\\_pode\\_chegar\\_aos\\_tribunais\\_mas\\_nao\\_e\\_para\\_fazer\\_de\\_juiz-49330asf.html](http://noticias.sapo.tl/portugues/tek/artigo/inteligencia_artificial_pode_chegar_aos_tribunais_mas_nao_e_para_fazer_de_juiz-49330asf.html)>. Acesso em: 1º dez. 2018.

SCHMITT, Carolyn E. Evaluating the impact of artificial intelligence on human rights. September 27, 2018. Disponível em: <<https://today.law.harvard.edu/evaluating-the-impact-of-artificial-intelligence-on-human-rights/>>. Acesso em: 1º dez. 2018.

SON, Hug. JPMorgan software does in seconds what took lawyers 360,000 hours. *The Independent*, 28 de fevereiro de 2017. Disponível em: <[www.independent.co.uk/news/business/news/jpmorgan-software-lawyers-coin-contract-intelligence-parsing-financial-dealsseconds-legal-working-a7603256.html](http://www.independent.co.uk/news/business/news/jpmorgan-software-lawyers-coin-contract-intelligence-parsing-financial-dealsseconds-legal-working-a7603256.html)>. Acesso em: 3 dez. 2018.

STF. Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF. 30 de maio de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>>. Acesso em: 1º dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministra Cármen Lúcia anuncia início de funcionamento do Projeto Victor, de inteligência artificial. 30 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388443>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

STF. Projeto Victor do STF é apresentado em congresso internacional sobre tecnologia. 26 de setembro de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=390818>>. Acesso em: 1º dez. 2018.

Submissão em: 05.04.2019

Avaliado em: 16.05.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 27.05.2019 (Avaliador B)

Avaliado em: 17.06.2019 (Avaliador C)

Aceito em: 13.08.2019



# O ESVAZIAMENTO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: (RE)INTERPRETAÇÃO ATRAVÉS DO DISCERNIMENTO

*THE EMPTYING OF THE THEORY OF DISABILITIES BY THE STATUTE OF THE PERSON WITH DISABILITIES: (RE)INTERPRETATION THROUGH DISCERNMENT*

**Taisa Maria Macena de Lima<sup>1</sup>**

Professora dos Programas de Graduação e Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito (PUC-Minas, Belo Horizonte/MG, Brasil)

**Jéssica Rodrigues Godinho<sup>2</sup>**

Mestre em Direito Civil (PUC-Minas, Belo Horizonte/MG, Brasil)

**ÁREA(S):** direito civil; Estatuto da Pessoa com Deficiência.

**RESUMO:** O Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe importantes alterações para o regime das incapacidades, alterando o rol dos arts. 3º e 4º do Código Civil, esvaziando a teoria das incapacidades formatada e até então aplicada. O discernimento foi deixado de lado como critério definidor da incapacidade e seu grau, considerando

que todas as pessoas seriam, em tese, capazes, e que não haveria mais a incapacidade absoluta por motivo de saúde. Assim, é importante a análise da teoria e sua interpretação e refundação, por meio do critério do discernimento, que se mostra como o mais adequado para refletir na ordem jurídica as situações concretas da vida real.

**ABSTRACT:** *The Statute of the Person with Disabilities brought important changes*

---

<sup>1</sup> Doutora e mestre em Direito Civil pela UFMG. Desembargadora do Trabalho. Ex-bolsista do DAAD - Serviço alemão de intercâmbio acadêmico. *E-mail:* taisamacena@yahoo.com.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/2794879775502752>>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5454-9387>.

<sup>2</sup> Bolsista Fapemig. Especialista em Direito Civil pela PUC-Minas. Advogada. *E-mail:* jessica.godinho@yahoo.com.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/5012158592823917>>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5669-6268>.

to the disability regime, changing the role of articles 3 and 4 of the Civil Code, emptying the Theory of Disabilities formatted and until then applied. Discernment was left aside as the defining criterion of disability and its degree, considering that all people would, in theory, be capable, and that there would no longer be absolute incapacity for health reasons. Thus, it is important to analyze the theory and its interpretation and refoundation, through the criterion of discernment, which shows itself as the most appropriate to reflect in the juridical order the concrete situations of real life.

**PALAVRAS-CHAVE:** teoria das incapacidades; Estatuto da Pessoa com Deficiência; capacidade; discernimento.

**KEYWORDS:** *theory of disabilities; Statute of Person with Disabilities; capacity; discernment.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A teoria das incapacidades e o critério do discernimento; 2 A modificação da teoria das incapacidades e a necessidade de ciências e conceitos fora do Direito; 3 *De lege lata*: refundação através da interpretação ao problema colocado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência; 4 *De lege ferenda*: proposta de revisão da teoria das incapacidades; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 The theory of disabilities and the criterion of discernment; 2 The modification of the theory of disabilities and the need of sciences and concepts outside the law; 3 De lege lata: refoundation through interpretation of the problem posed by the Statute of the Disabled Person; 4 De lege ferenda: proposed revision of the theory of disabilities; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

A teoria das incapacidades não é uma preocupação dos juristas circunscrita ao tempo presente, sofrendo críticas em razão de ter sido construída sob um paradigma patrimonialista. Ainda, criticava-se também a forma negligente como é aplicada, sem se considerar princípios básicos, como a autonomia privada.

O discernimento, por sua vez, é elemento que sempre se fez presente na teoria, desde sua formatação por Teixeira de Freitas, e era o critério utilizado para adequação nas possibilidades de incapacidade previstas pelas legislações civilistas brasileiras (Código Civil de 1916 e de 2002).

Após a alteração promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), não se pode mais identificar o discernimento como fator

primordial da incapacidade, uma vez que, desconsiderando as infinidades de características e situações que compõem o indivíduo, o Estatuto decretou uma capacidade plena geral, que não pode ser mitigada pela deficiência.

No presente trabalho, pretende-se discutir o papel do discernimento para a teoria das incapacidades, pensar sobre o seu esvaziamento e propor novos contornos de interpretação e, até mesmo, de revisão da teoria.

## 1 A TEORIA DAS INCAPACIDADES E O CRITÉRIO DO DISCERNIMENTO

O discernimento é um conceito metajurídico. Sua análise ultrapassa o universo jurídico, mas a ele é aplicado em diversas de suas searas.

No conceito atribuído pelo dicionário, *discernimento* é a “faculdade de discernir; tino, juízo; apreciação, análise”<sup>3</sup>. O verbo *discernir*, por sua vez, é definido como “conhecer distintamente; saber distinguir; [...] fazer apreciação de algo”<sup>4</sup>.

Em uma avaliação médica, Miguel Chalub<sup>5</sup> entende discernimento como a conjugação de duas faculdades: o entendimento (momento intelectual) e a determinação (momento volitivo). Precisa-se entender o ato e ter a vontade consciente de praticá-lo, ciente de suas consequências.

Para Ana Carolina Brochado Teixeira, “discernimento significa possibilidade de exercer escolhas de forma responsável, apresentando condições psíquicas de arcar com as consequências de seus atos. Por isso, fala-se em liberdade responsável”<sup>6</sup>.

Para discernir, é necessário apreciar, saber fazer a análise da situação para apurar quais serão as consequências. Trata-se de uma atividade cognitiva e volitiva. Na seara do direito civil, essa cognição e ação volitiva são expressas na prática de atos da vida civil.

<sup>3</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Discernimento. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio* – O dicionário da Língua Portuguesa. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010. p. 257.

<sup>4</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Discernir. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio* – O dicionário da Língua Portuguesa. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010. p. 257.

<sup>5</sup> CHALUB, Miguel. Medicina forense, psiquiatria forense e lei. In: ADBALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Lisieux E. de Borba. *Psiquiatria forense de Taborda*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, Cap. 1, p. 9, 2016.

<sup>6</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 3-36, jan. 2008. p. 17.



Desta feita, percebe-se a importância que o discernimento tem para o direito civil: é por meio dessa avaliação individual cognitiva e volitiva que o sujeito irá ponderar sobre a ação e suas consequências, o que ocasiona, também, na responsabilização da pessoa por seus próprios atos.

O discernimento está intimamente ligado à aptidão intelectual e volitiva do indivíduo, o que resulta no exercício dos direitos em nome próprio. Não estando apto ao exercício dos direitos *per si*, a incapacidade civil pode ser um dos instrumentos jurídicos utilizados para a proteção da pessoa.

Além dos considerados incapazes, há os plenamente capazes, aqueles a quem a legislação não limita a capacidade de fato. Presume-se que os que possuem a capacidade plena têm o discernimento totalmente desenvolvido para a prática de atos jurídicos e negociais, sem mácula de sua cognição, podendo livremente expressar sua vontade. Assim, a autonomia dessas pessoas não sofre limitações como as que sofrem os incapazes.

Diversamente, a legislação presume a falta ou diminuição de discernimento dos incapazes, por critério etário ou de doença. Rafael Garcia Rodrigues aduz que, “desta forma, a manifestação de vontade destas pessoas não se constitui em elemento suficientemente hábil à prática de atos jurídicos, pois lhe carece discernimento, maculando a própria vontade”<sup>7</sup>.

Assim, o discernimento passa a ser fator fundamental no que tange à capacidade de fato, delimitando o poder de atuação do indivíduo.

## **2 A MODIFICAÇÃO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES E A NECESSIDADE DE CIÊNCIAS E CONCEITOS FORA DO DIREITO**

Em julho de 2015, foi promulgado o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), que se destina a assegurar os direitos da pessoa com deficiência e integrá-la à sociedade.

Entre as alterações promovidas, uma das mais significativas na legislação civilista foi a modificação dos arts. 3º e 4º do Código Civil, que elencam as hipóteses de incapacidade absoluta e relativa, consecutivamente.

---

<sup>7</sup> RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, Cap. 1, p. 14, 2002.

O art. 6º do EPD decretou que a deficiência não pode afetar a plena capacidade, o que, se se analisar de forma profunda, já era o que vigia no sistema anterior, pois a capacidade sempre foi a regra e a incapacidade a exceção, que deve ser provada. Contudo, após essa declaração, o esquema estabelecido pelo Código Civil foi alterado, passando a ser da seguinte forma: a incapacidade absoluta é definida apenas pelo critério etário, abrangendo apenas os menores de dezesseis anos. A incapacidade relativa é definida tanto por critério etário quanto de saúde, sendo relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; os pródigos<sup>8</sup>.

Pelas hipóteses de incapacidade, não se pode identificar qual o critério utilizado pelo legislador para a definição das categorias. Essa situação não ocorria na teoria formatada por Teixeira de Freitas, aproveitada por Beviláqua no Código Civil de 1916 e pouco modificada pelo Código Civil de 2002, eis que a teoria, em sua base, elegeu o critério do discernimento para as atividades cíveis como limite entre capacidade e incapacidade.

Em parecer ao então Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 4, de 2015, que depois se tornou o EPD, o Senador Romário Faria (Podemos-RJ) reconhece o papel do discernimento na teoria das incapacidades, ao analisar o art. 6º, em conjunto com o art. 84 e 114 do EPD:

Seu cerne é o reconhecimento de que condição de pessoa com deficiência, isoladamente, não é elemento relevante para limitar a capacidade civil. Assim, a deficiência não é, *a priori*, causadora de limitações à capacidade civil. *Os elementos que importam, realmente, para eventual limitação dessa capacidade, são o discernimento para tomar decisões e a aptidão para manifestar vontade.* Uma pessoa pode ter deficiência e pleno discernimento, ou pode não ter deficiência alguma e não conseguir manifestar sua vontade. (grifos nossos)<sup>9</sup>

<sup>8</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 5 maio 2019.

<sup>9</sup> FARIA, Romário. Parecer nº 266, de 2015. Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 4, de 2015, ao Projeto de Lei do Senado nº 6, de 2003 (Projeto de Lei nº 7.699, de 2006, na Câmara dos Deputados),

Apesar de o próprio senador atestar o papel do discernimento, o EPD não coaduna com essa concepção. Se é o discernimento que pode ser definidor da limitação da capacidade, esvaziar completamente o art. 3º do CC/2002 não se harmoniza com esse posicionamento.

Então, apesar de ser reconhecida a importância do discernimento para a teoria das incapacidades, mesmo com as mudanças promovidas pelo EPD, a forma como foi traduzida a intenção de integração e equidade nos arts. 3º e 4º do Código Civil – considerando também todas as reverberações da teoria na legislação civilista – não privilegia a proteção integral do incapaz.

Ao simplesmente esvaziar o rol do art. 3º, chegou-se à interpretação de que só é possível a incapacidade absoluta pelo critério etário, desconsiderando as realidades fáticas que ocorrem no mundo.

O discernimento e a impossibilidade de expressão da vontade, “[...] o que, na prática, resultava no mesmo”<sup>10</sup>, foram extirpados do sistema jurídico cível, criando “[...] um vácuo dogmático incontornável”<sup>11</sup>. É incontornável, pois se passa a ter que admitir situações de patente desproteção às pessoas que dela necessitam:

Assim, se um indivíduo com síndrome de Down grave, ou em coma profundo, ou portador de outra espécie de demência que lhe retirasse o discernimento, se qualquer dessas pessoas fosse interdita, era considerada absolutamente incapaz, sendo-lhe nomeado um curador para representá-la. Atualmente, não há mais essa possibilidade, porque, segundo a redação do art. 4º do Código Civil, mesmo na ausência de discernimento, ou na impossibilidade de expressão da vontade, a pessoa será considerada relativamente incapaz.<sup>12</sup>

Na prática é que essa situação parece criar o chamado “vácuo dogmático”.

---

do Senador Paulo Paim, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira da Inclusão. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4541434&disposition=inlinene>>. Acesso em: 5 maio 2019, p. 8.

<sup>10</sup> FIUZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Regime jurídico das incapacidades e tutela da vulnerabilidade. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes, Cap. 2, p. 17, 2017.

<sup>11</sup> FIUZA; NOGUEIRA, 2017, p. 17.

<sup>12</sup> FIUZA; NOGUEIRA, 2017, p. 17.

Na prática, isso significa o quê? Significa que, se um indivíduo em coma for interditado, será considerado relativamente incapaz, sendo-lhe nomeado um curador. Seguramente, na sentença, ao fixar os deveres e limites da curatela, o juiz não terá outra opção que não a de considerar o curador representante do incapaz. A assistência, nesse caso, é inviável. Ora, que incapacidade relativa é essa, em que o incapaz não tenha sua vontade levada em conta, em que seja representado, provavelmente, em todos os atos da vida civil, inclusive nos de caráter existencial? O mesmo se diga do indivíduo com síndrome de Down grave, ou portador de síndrome de Alzheimer avançada, ou, por absurdo, de um anencéfalo que sobreviva aos 18 anos. Todos eles serão considerados, formalmente, relativamente incapazes, apesar de serem efetivamente representados e de não terem condições de manifestar sua vontade, por faltar-lhes, praticamente ou absolutamente, todo o discernimento. Que incapacidade relativa é essa, afinal?<sup>13</sup>

Assim, ao fixar a sentença que define a curatela, o juízo terá que ter atenção redobrada para definir a forma de auxílio que a pessoa curatelada terá que ter, além de uma postura ativa frente às questões que lhe forem apresentadas.

A deficiência, *per si*, nunca foi critério automático para a interdição. Nas antigas hipóteses dos arts. 3º e 4º, não se vislumbra em nenhum inciso a deficiência sozinha como definidora da incapacidade. Além disso, ainda que houvesse essa previsão, a capacidade permanece sendo a regra. A exceção, a incapacidade, tem que ser provada em processo judicial, sendo preservadas todas as garantias processuais.

São muitas as críticas a essa mudança paradigmática realizada pelo EPD. Veja:

Ao esvaziar o conceito de capacidade de fato, o que o EPD fez, na verdade, foi retirar das pessoas com deficiência a proteção que o ordenamento jurídico lhes garantia. Ao

<sup>13</sup> FIUZA; NOGUEIRA, 2017, p. 17.

que parece, o legislador se equivocou ao considerar que a lei presumia a ausência de discernimento de todos os deficientes mentais – o que nunca foi o caso –, e, para corrigir a aparente injustiça, presumiu a existência de discernimento de todos – o que parece, com efeito, ser muito mais perigoso e potencialmente lesivo.

Na ânsia de ser politicamente correto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, com relação aos atos da vida civil, acabou por abandonar os deficientes à própria sorte.<sup>14</sup>

Concorda-se plenamente com o posicionamento exposto acima. O discernimento é um fato da Psiquiatria, não podendo a lei presumir que todos o têm de forma integral sem a previsão de situações de resguardo àqueles que não o possuem.

Por isso, defende-se a importância de Ciências auxiliares ao Direito. O ordenamento jurídico busca ser completo, abrangendo o maior número de situações possíveis para propiciar a vida em sociedade e a solução de litígios; contudo, o Direito, sozinho, não é capaz de fornecer respostas a todos os problemas que surgem.

Portanto, o Direito traz regulações para a adaptação social, buscando-se a vontade social<sup>15</sup>. Cabe à pesquisa o aprofundamento das soluções e a aplicação dessa vontade, sem que se mitigue direitos de setores relevantes da sociedade<sup>16</sup>.

Por meio da pesquisa, é possível atualizar a legislação para acompanhar o desenvolvimento da ciência e o desenvolvimento social, mantendo as leis eficazes e aplicáveis à realidade que se apresenta.

As diversas searas do Direito são complementares, assim como diversas ciências podem também complementar o Direito, sem que ele perca sua unicidade. Dessa forma, “as diferentes partes do Direito não se situam uma ao lado da outra, como coisas acabadas e estáticas, pois o Direito é ordenação

---

<sup>14</sup> CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A teoria das capacidades no Direito brasileiro: de Teixeira de Freitas e Clovis Beviláqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org.). *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Belo Horizonte: D'Plácido, Cap. 1, p. 31, 2018.

<sup>15</sup> NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 44.

<sup>16</sup> NADER, 2012, p. 44.

que dia a dia se renova”<sup>17</sup>. Para a unicidade do saber jurídico, algumas Ciências devem ser aplicadas para dar sentido à norma, como a Medicina (*lato sensu*), Psiquiatria, Psicologia e Assistência Social.

Como a aferição da incapacidade deve analisar a situação biopsicossocial em que está inserida a pessoa, precisa-se verificar seu estado de saúde corporal, bem como sua saúde mental e como a pessoa se relaciona em seu ambiente, buscando resgatar a história vivida e construída para que a curatela seja, efetivamente, medida de proteção, não uma forma de substituição integral. Nesse sentido, tem-se que:

Sendo a lei relativamente estática – mutável apenas após complexo e demorado processo legislativo ou de consolidação jurisprudencial –, e a realidade fática à qual deve ser aplicada extremamente rica, heterogênea e dinâmica, é compreensível que os operadores do Direito necessitem muitas vezes se socorrer do auxílio de especialistas em determinadas áreas para que possam apreender a realidade subjacente de forma adequada. Uma dessas áreas, requisitada com frequência pelos tribunais, é a psiquiatria. Da aplicação judicial da psiquiatria ao ambiente do fórum deriva, pois, a expressão *psiquiatria forense*. Cabe, então, ao psiquiatra forense, em síntese, informar Magistrados, membros do Ministério Público e advogados sobre questões fáticas que digam respeito basicamente a transtornos mentais e às consequências jurídicas que eles ensejam.<sup>18</sup> (grifos dos autores)

A lei não consegue acompanhar detidamente todas as evoluções sociais, em virtude da rapidez com que elas acontecem e pela demora que há nos processos legislativos. Ainda, se a cada inovação a regra for alterada, ter-se-ia um sistema legislativo inchado, com diversas normas “mortas”, e uma extrema dificuldade de aplicação do Direito. Por isso, é interessante a presença de princípios, que

---

<sup>17</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 6.

<sup>18</sup> TABORDA, José G. V.; ADBALLA-FILHO, Elias; MECLER, Kátia; MORAES, Talvane de. Avaliação da capacidade civil: pontos-chave. In: ADBALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Lisieux E. de Borba. *Psiquiatria forense de Taborda*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, Cap. 12, p. 203, 2016.

guiem a aplicação das normas vigentes, e de ciências especializadas que possam trazer atualidade às normas postas.

Assim, as funções do psiquiatra forense passam a ser, principalmente, duas:

- estabelecer a existência ou não de doença mental, perturbação da saúde mental ou transtorno do desenvolvimento em determinada pessoa;
- definir se essa pessoa – apresentando um transtorno mental – demonstra aptidão mental suficiente que lhe permita gerir de forma autônoma seus interesses, de forma pragmática e objetiva, de acordo com seus valores e história de vida.<sup>19</sup>

Como se pode perceber, a análise é dúplice: primeiramente, verifica-se a condição de saúde, para, após, definir em que essa condição influencia na aptidão mental (discernimento). Não se pode parar no primeiro ponto, pois isso seria uma forma de discriminação em virtude de uma vulnerabilidade, apenas. Quando se analisa o discernimento, o que se pretende, o fundamento da decisão, é a proteção da pessoa, não a “morte civil”, com sua exclusão do tráfego jurídico.

O papel do psiquiatra é de extrema relevância para que abusos não sejam cometidos. Veja:

O legislador atribui ao psiquiatra o papel de avaliar os indivíduos sobre os quais pairam dúvidas quanto à possibilidade de se autogerirem. Cabe ao psiquiatra estabelecer a complexa distinção entre o doente e o sadio, o capaz e o incapaz. Deve-se firmar um diagnóstico, transpô-lo para a terminologia jurídica, descrever os déficits e definir como tais prejuízos podem interferir na capacidade civil.<sup>20</sup>

É de extrema relevância que o médico utilize termos claros para que pessoas leigas possam entender o que se está passando. Ainda, a descrição minuciosa da situação do paciente auxilia na avaliação do juízo. A avaliação deve

<sup>19</sup> TABORDA et al, 2016, p. 203.

<sup>20</sup> TELLES, Lisieux E. de Borba; DAY, Vivian Peres; ZORATTO, Pedro Henrique Iserhard. Transtornos psicóticos. In: ADBALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Lisieux E. de Borba. *Psiquiatria forense de Taborda*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, Cap. 23, p. 435, 2016.

ser individualizada e flexível<sup>21</sup>, pois cada caso trará consigo uma peculiaridade que deverá ser considerada no momento do exame médico.

Patente é a necessidade de Ciências complementares ao Direito para que se defina com certa segurança qual é a medida mais adequada ao caso concreto, privilegiando em grau máximo, na medida do possível, a autonomia pessoal e o poder de decisão individual, sem transferir a tomada de decisões a outrem. Nesse sentido, “quem determina a presença ou a falta de discernimento/competência não é o Direito. Logo, na construção da (in)capacidade, deve-se dar atenção às contribuições que a Psiquiatria e a Psicologia dão ao diagnóstico e tratamento das pessoas em razão de sua saúde mental”<sup>22</sup>. Naquilo que Vitor Frederico Kümpele e Bruno de Ávila Borgarelli<sup>23</sup> chamam de mutilação dos arts. 3º e 4º do Código Civil, tem-se que o EPD, sob um fundamento moralmente elevado, acabou por desproteger a pessoa à medida que não reconhece suas vulnerabilidades.

Nesse sentido, Lara e Pereira aduzem que:

Quando referenciadas nos arts. 3º e 4º do Código Civil, a enfermidade e a deficiência mental só redundavam em uma qualificação de incapacidade *se fossem acompanhadas de uma redução ou de uma ausência de discernimento*. Nesse sentido, a preocupação da codificação não estava centrada na deficiência mental, mas, sim, na possibilidade dessa mesma deficiência ser geradora de situações de ausência ou redução de níveis de discernimento. Em outras palavras, a legislação anterior buscava proteger os indivíduos que não apresentavam níveis de cognição adequados que os permitissem expressar a sua vontade com a devida qualidade. *Se uma ausência de discernimento (ou sua redução) é identificada, revela-se imperioso o estabelecimento*

<sup>21</sup> TELLES; DAY; ZORATTO, 2016, p. 435.

<sup>22</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SOUZA, Iara Antunes de. Algumas reflexões sobre a limitação da curatela às questões patrimoniais no Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes, Cap. 14, p. 159, 2017.

<sup>23</sup> KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. As aberrações da Lei 13.146/2015. *Migalhas*, 11 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224905,61044-As+aberracoes+da+lei+131462015>>. Acesso em: 5 maio 2019.



*de mecanismos protetivos, que permitam que os atos jurídicos praticados sejam realizados em consonância com os seus reais interesses, sem que causem prejuízo ao aludido sujeito de direito.*<sup>24</sup> (Lara e Pereira – grifos nossos)

Carvalho também entende que o discernimento, como causa de incapacidade, foi extirpado do sistema jurídico, apresentando “o fato de as pessoas que não podem exprimir sua vontade passarem para o rol das pessoas relativamente incapazes não permite mais dizer que o critério é o discernimento presumidamente reduzido ou incompleto”<sup>25</sup>. Para o autor, não é mais claro o que distingue a incapacidade absoluta da relativa.

O critério para a incapacidade absoluta, após o EPD, é apenas o etário. Desconhece-se o critério usado para a incapacidade relativa, considerando a miscelânea que resultou das alterações realizadas pela Lei nº 13.146.

Hosni<sup>26</sup> entende que houve o rompimento com o fundamento da incapacidade pelo EPD, considerando que, pelo modelo estruturado pela CIF, o discernimento não tem mais cabimento por ser um elemento intrínseco, enquanto para a CIF devem-se analisar elementos intrínsecos e extrínsecos.

Entretanto, conforme já mencionado anteriormente, não se acredita ser os elementos excludentes entre si. Deve-se, de fato, considerar o ambiente em que a pessoa está inserida, mas, também, é necessário que se verifique qual é a aptidão individual para a prática de negócios jurídicos.

Portanto, o EPD rompeu com os pressupostos da teoria das incapacidades ao, de forma explícita na legislação, desconsiderar o discernimento como elemento definidor da capacidade.

---

<sup>24</sup> LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fabio Queiroz. Estatuto da Pessoa com Deficiência: proteção ou desproteção? In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org.). *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, Cap. 5, p. 107, 2018.

<sup>25</sup> CARVALHO, 2018, p. 30.

<sup>26</sup> HOSNI, David S. S. O conceito de deficiência e sua assimilação legal: incompatibilidade entre a concepção não etimológica adotada no Estatuto da Pessoa com Deficiência e a fundamentação da incapacidade na falta de discernimento. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org.). *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, Cap. 2, p. 54, 2018.

É interessante o comentário de Sá e Moureira sobre formas de melhorar a qualidade de vida daqueles que são portadores de transtornos mentais: “Boas políticas, bons planos e bons programas são essenciais. Também uma boa legislação. Propostas existem, mas não a sua efetivação, que necessita contar com recursos voltados especificamente à saúde mental”<sup>27</sup>.

A boa legislação é o último recurso utilizado no período, o que, acredita-se, não ser por acaso. Contudo, a mera alteração legislativa, sem se firmar em bases sólidas, sem um pano de fundo teórico coerente, acaba por não proporcionar a integração desejada.

Há tempos, a doutrina clamava por uma alteração na teoria das incapacidades, pois, ainda que com conquistas atingidas, as interpretações errôneas acabavam por, algumas vezes, prejudicar os interesses da pessoa a ser curatelada<sup>28</sup>.

Para a inclusão, acredita-se ser salutar primeiramente realizar políticas, planos e programas voltados para as pessoas com deficiência ou transtornos mentais para que o comportamento social seja alterado, ao invés de tentar alterá-lo por meio de mudanças legislativas.

### **3 DE LEGE LATA: REFUNDAÇÃO ATRAVÉS DA INTERPRETAÇÃO AO PROBLEMA COLOCADO PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

Da forma como se encontra configurado o regime das incapacidades hodiernamente, entende-se que não existe mais a possibilidade de incapacidade absoluta.

Contudo, em casos concretos, pode-se verificar que há pessoas que não têm nenhum discernimento, para, autonomamente, tomar diversas decisões cotidianas, que afetariam sua vida e seu patrimônio. Pessoas em coma, com questões que afetem sua saúde mental de forma grave – como o Alzheimer ou uma esquizofrenia severa, por exemplo –, podem se mostrar completamente sem aptidão cognitiva.

Assim, como pensar em um sistema protetivo para que essas pessoas não fiquem à própria sorte?

---

<sup>27</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá; MOUREIRA, Diogo Luna. *A capacidade dos incapazes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 164.

<sup>28</sup> SÁ; MOUREIRA, 2011, p. 154.

Ao discutir a antiga redação do Código Civil, Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira argumentam que:

É certo que a análise da sua incapacidade [dos relativamente incapazes] parte de uma presunção relativa. É certo também que o Código Civil de 2002 em seu art. 4º deixou em aberto as hipóteses de incapacidade relativa. Porém, o que na prática ocorre é muito mais um exercício de subsunção dos fatos a um dos incisos do art. 4º do Código Civil, do que um esforço hermenêutico por parte do intérprete e aplicador da norma jurídica para a verificação da incapacidade e, por consequência, os limites do exercício da curatela.<sup>29</sup>

Já se apontaram críticas ao regime das incapacidades, estabelecido mais como forma de proteção ao patrimônio do que proteção da pessoa que necessita de apoio para a tomada de decisões. Entretanto, com o advento da Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana passou a ser o farol pelo qual os institutos jurídicos devem ser guiados, inaugurando uma interpretação que dá ênfase ao ser humano e a suas características pessoais.

Alterar o comportamento não é algo simples. Portanto, a decretação da incapacidade, em alguns casos – não se pode generalizar –, poderia privilegiar a situação legal em detrimento da situação real.

Com as modificações, entende-se que o processo de subsunção passou a ser o exercício feito pelos julgadores, não por falta de reflexão hermenêutica; mas, sim, por ser essa a forma de conceder proteção à pessoa.

O que se percebe na prática é que, para que não se deixe a pessoa desprotegida, acaba-se por tentar enquadrar a situação em uma das hipóteses estabelecidas no art. 4º do CC/2002.

Assim, pode-se entender a nova formatação da teoria sobre três vieses: que a teoria se manteve intacta apesar das modificações; que foi mitigada; ou que foi completamente modificada. Não se pode concordar que a teoria foi mantida, pois o discernimento não é mais o critério legal eleito como definidor da capacidade. A mitigação<sup>30</sup> também não parece a corrente mais adequada,

<sup>29</sup> SÁ; MOUREIRA, 2011, p. 142.

<sup>30</sup> Defendida por Nelson Rosenthal (2015, s.p.).

pelo mesmo motivo anterior. A modificação completa<sup>31</sup>, então, parece ser o que ocorreu. Nesse sentido:

Diante do exposto, foi possível concluir que a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, enraizado nos objetivos traçados pela Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, promoverá a reconfiguração de clássicos institutos e teorias do direito privado em prol de uma nova realidade jurídica das pessoas com deficiência.<sup>32</sup>

Flávio Tartuce salienta que “tais dispositivos foram profundamente alterados pela Lei nº 13.146, de julho de 2015, que instituiu o EPD, criando uma nova teoria das incapacidades dentro do direito civil brasileiro”<sup>33</sup>.

Assim, com esse novo panorama, os julgadores acabam por ter que atuar ativamente, subsumindo os casos apresentados às figuras do art. 4º. A causa mais abrangente é a constante no inciso III: “Aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”<sup>34</sup>. Flávio Tartuce salienta que:

Todavia, pode ser feita uma crítica inicial em relação à mudança do sistema. Ela foi pensada para a inclusão das pessoas com deficiência, o que é um justo motivo, sem dúvidas. Porém, acabou por desconsiderar muitas outras situações concretas, como a dos psicopatas, que não serão mais enquadrados como absolutamente incapazes no sistema civil. Será necessário um grande esforço doutrinário e jurisprudencial para conseguir situá-los no inciso III do art. 4º do Código Civil,

<sup>31</sup> Defendida por Vitor Frederico Kümpel e Bruno de Ávila Borgarelli (2015), Flávio Tartuce (2017, p. 132), Moacyr Petrocelli de Ávila Ribeiro (2015, p. 64) e Felipe Quintella Machado de Carvalho (2018, p. 30).

<sup>32</sup> RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. Estatuto da Pessoa com Deficiência: a revisão da teoria das incapacidades e os reflexos jurídicos na ótica do notário e do registrador. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba/PR*, v. 5, n. 46, p. 58-64, nov. 2015. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/87594>>. Acesso em: 5 maio 2019, p. 64.

<sup>33</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Lei de Introdução e parte geral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2017. [e-book]. p. 132.

<sup>34</sup> BRASIL, 2002.

tratando-os como relativamente incapazes. Não sendo isso possível, os psicopatas serão considerados plenamente capazes para o direito civil.<sup>35</sup>

Parece ser esse o esforço perpetrado pelos julgadores para garantir a proteção aos incapazes.

No Processo nº 0114946-38.2013.8.13.0245, julgado perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relatado alhures, a psiquiatra, em seu laudo, afirmou que, “[...] devido a sintomas cognitivos, de *déficit* considerável da memória de trabalho, prejuízo na interação interpessoal, embotamento afetivo e isolamento social imposta por tal agravo tal paciente *não é capaz de gerir sozinho os atos da vida civil*”<sup>36</sup> (grifos nossos).

Mesmo com esse laudo, a Desembargadora Alice Birchal entendeu não ser mais possível a decretação absoluta de incapacidade, mas que deixar a pessoa interditada sem auxílio também não coaduna com a necessidade que se apresenta. Foi, então, decretada a incapacidade relativa nos termos do art. 4º, III, do CC/2002.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, encontrou-se decisão no mesmo sentido. A apelante foi declarada relativamente incapaz, em virtude de transtorno afetivo bipolar que afetava sua capacidade de se autogerir. O Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos entendeu da seguinte forma: “Portanto, a apelante, a partir da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, não pode mais ser considerada absolutamente incapaz, mas, sim, relativamente incapaz, nos termos da nova redação do art. 4º, III, do Código Civil”<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e confrontações com o novo CPC. Parte I. *Migalhas*, Família e Sucessões, 29 jul. 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 5 maio 2019, s.p.

<sup>36</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº 0114946-38.2013.8.13.0245. Relatora: Alice Birchal. Belo Horizonte, 21 fev. 2017. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=5&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=CURATELA&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&listaRelator=0-89920&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>>. Acesso em: 5 maio 2019.

<sup>37</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Processo nº 0122473-22.2016.8.21.7000. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 17 ago. 2016. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao\\_](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_)>

O laudo pericial contava que a apelante era relativamente incapaz para residir sozinha e para gerenciar seu tratamento médico, uma vez que não aceitava ser portadora de transtorno afetivo bipolar<sup>38</sup>. O laudo também mencionou que a incapacidade era permanente para atos da vida civil<sup>39</sup>.

Acredita-se ser essa uma das soluções possíveis frente ao EPD. Outra solução seria o reconhecimento de curatela sem a decretação de incapacidade.

No Superior Tribunal de Justiça, encontrou-se julgamento que acompanha essa última posição. Consta na ementa que:

9. A partir do novo regramento, observa-se uma dissociação necessária e absoluta entre o transtorno mental e o reconhecimento da incapacidade, ou seja, a definição automática de que a pessoa portadora de debilidade mental, de qualquer natureza, implicaria na constatação da limitação de sua capacidade civil deixou de existir.<sup>40</sup>

Essa posição acompanha o texto literal do art. 6º do EPD, segundo o qual a deficiência não influencia na plena capacidade civil. Portanto, ainda que haja redução do discernimento (que, no sistema anterior, implicava incapacidade relativa ou absoluta), a pessoa não pode ser considerada incapaz; ela continuará plenamente capaz, podendo contar com o auxílio de um curador para questões patrimoniais e negociais.

Ao discutir a capacidade plena das pessoas com deficiência, Lima e Sá criticam:

Por outro lado, conferir capacidade de exercício *ex ante* a seres humanos que, em razão de gravíssima deficiência mental e intelectual, não têm condições reais de autogoverno, também leva ao esvaziamento de direitos

---

fonetica=1&tipo=1&id\_comarca=700&num\_processo\_mask=70069122794&num\_processo=70069122794&codEmenta=6896195&temIntTeor=true>. Acesso em: 5 maio 2019.

<sup>38</sup> RIO GRANDE DO SUL, 2016.

<sup>39</sup> RIO GRANDE DO SUL, 2016.

<sup>40</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.694.984/MS. Relator: Luis Felipe Salomão - Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 1º fev. 2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201700120810&dt\\_publicacao=01/02/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700120810&dt_publicacao=01/02/2018)>. Acesso em: 24 nov. 2018.

personalíssimos. Neste caso, não é a ordem jurídica ou barreiras sociais que obstam o exercício do direito, mas a condição peculiar do próprio sujeito jurídico, e isso não foi considerado na elaboração do Estatuto.<sup>41</sup>

Nesta pesquisa, concorda-se com esse posicionamento. Acredita-se ser anacrônica a solução de apenas atribuir plena capacidade às pessoas com deficiência, pois não se concebe como uma terceira pessoa pode interferir no julgamento de alguém que tem sua capacidade íntegra, plena. Ainda que o ideário do EPD seja a inclusão, não há como afetar a própria natureza humana.

Outra solução possível, que pode ser conjugada com as anteriormente citadas, é a apresentada por Iara Antunes de Souza. Para a autora, a forma em que se dará a curatela pode ser fluida, dependendo do caso concreto. O critério definidor, mais uma vez, seria o discernimento. Caso a equipe multidisciplinar reconheça a falta completa de discernimento, a medida protetiva cabível seria a representação; caso seja reconhecido o discernimento parcial, poder-se-ia determinar a assistência, prestigiando a autonomia da pessoa curatelada sempre que possível<sup>42</sup>. Veja-se:

[...] Vislumbra-se que a representação é possível desde que a equipe multidisciplinar reconheça que a falta de discernimento é em tal grau que somente a substituição da vontade a supra. Para tanto, não se importa se o sistema fala em ausência de hipóteses de incapacidade absoluta em razão da saúde mental. Afinal, interpretação diversa seria considerar a possibilidade de o Direito fechar os olhos para a realidade, o que os anseios constitucionais não permitiriam. O que se defende é a possibilidade de representação ainda que se reconheça, nos termos da lei, uma incapacidade relativa. O que é permitido se interpretar dentro do Estatuto da Pessoa

---

<sup>41</sup> LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Estatuto da Pessoa com Deficiência e questões médicas. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes, Cap. 11, p. 119-120, 2017.

<sup>42</sup> SOUZA, Iara Antunes de. Estatuto da pessoa com deficiência: curatela e saúde mental – Conforme a Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência/13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 288.

com Deficiência, eis que ele prevê o cuidado como medida excepcional, temporária e casuística.<sup>43</sup>

A autora ainda salienta que:

O que se propõe, em suma, é afastar a lógica de que o absolutamente incapaz é representado e o relativamente (in)capaz é assistido; relegando ao reconhecimento do nível de ausência de discernimento, por equipe multidisciplinar de saúde mental, a aplicação da medida necessária para [o] fomento da personalidade.<sup>44</sup>

Ao tratar dos institutos da representação e da assistência de forma fluida, pode-se adequar a forma de proteção a cada caso, de acordo com o laudo da equipe multidisciplinar, que tem maiores condições de aferir a realidade concreta.

Essa concepção mostra-se interessante por harmonizar com ambas as correntes acima apresentadas, pois não diz respeito à interdição, e, sim, à forma que a curatela se dará. Como nas duas teorias há o estabelecimento da curatela, deve-se pensar a forma de moldá-la de maneira a preservar a personalidade do curatelado. Harmoniza ainda com o texto do art. 755 do CPC, pois a sentença será modulada de acordo com a situação casuística, e as potencialidades, habilidades, vontades e preferências do curatelado serão observadas e respeitadas.

Deve-se primar por “[...] assegurar as garantias constitucionais do processo na construção de uma decisão jurisdicional que diga respeito à limitação da autonomia do indivíduo para a prática de atos que se refiram à sua vida enquanto sujeito de direitos”<sup>45</sup>.

São essas, portanto, as alternativas que se verificam para a aplicação da legislação vigente.

#### **4 DE LEGE FERENDA: PROPOSTA DE REVISÃO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES**

---

<sup>43</sup> SOUZA, 2016, p. 297.

<sup>44</sup> SOUZA, 2016, p. 297.

<sup>45</sup> SÁ; MOUREIRA, 2011, p. 143.



Antes da promulgação do EPD, a doutrina jurídica clamava por uma reforma na teoria das incapacidades, de modo a prestigiar em grau máximo a individualidade daquele a ser submetido a um processo de interdição.

Entende-se que as bases teóricas estabelecidas são sólidas, devendo seus fundamentos serem mantidos. O necessário seria a ruptura com a forma patrimonialista de se pensar a teoria e sua aplicação.

Não se percebe, pelos textos apresentados neste trabalho, que a fundamentação lógica da teoria das incapacidades precisa ser refeita. Sua aplicação é que requer um critério elevado de limitação, pois é medida extrema que não pode ocasionar total exclusão da pessoa do tráfego jurídico. Dessa forma, a refundação legal e prática urge.

O EPD atendeu à parte dos reclames, coadunando com os princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana e isonomia. Contudo, a forma como alguns dispositivos legais foram apresentados e a ruptura nos arts. 3º e 4º do Código Civil – conseqüentemente, os efeitos que deles decorriam – acabaram por gerar um campo de desproteção muito grande.

Apresentaram-se, em seção anterior, algumas formas de aplicação da lei, tendo em vista como se encontra no momento. Entretanto, não se acredita ser o estado em que a lei se encontra o mais adequado. Nesse aspecto, Iara Antunes de Souza, pertinentemente, perquire:

[...] Qual o meio jurídico adequado para que o ordenamento jurídico brasileiro garanta, na maior medida do possível, a autonomia privada da pessoa com deficiência mental e intelectual e sua dignidade humana, nos moldes reclamados pela Medicina e Psicologia, pela Carta de Nova York e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência [...]?<sup>46</sup>

Além disso, a autora ressalta também que:

Para se responder à pergunta, não se olvida da necessidade de mudanças interpretativas do Direito, em especial, para que, de fato, o desiderato seja alcançado. O Direito não pode ser um instrumento de segregação e exclusão, enquanto o movimento médico, psicológico

---

<sup>46</sup> SOUZA, 2016, p. 360.

e de toda área de saúde é no sentido de inclusão e garantia.<sup>47</sup>

Portanto, como conjugar todos esses preceitos de forma que o Direito seja uma ferramenta inclusiva e garanta a proteção das pessoas?

Já se argumentou que o discernimento é o ponto central da teoria das incapacidades e entende-se que assim deve permanecer. O que se propõe é que seja inteiramente retirada do Direito a definição de quem tem ou não tem discernimento. “Afim, como reiteradamente defendido, não cabe ao Direito definir em que ponto há ou não há discernimento”<sup>48</sup>. Esse encargo deverá ser de uma equipe multidisciplinar porque:

O estado pessoal patológico ainda que permanente da pessoa, que não seja absoluto ou total, mas graduado e parcial, não se pode traduzir em uma série estereotipada de limitações, proibições e exclusões que, no caso concreto, isto é, levando em consideração o grau e a qualidade do déficit psíquico, não se justificam e acabam por representar camisas de força totalmente desproporcionadas e, principalmente, contrastantes com a realização do pleno desenvolvimento da pessoa.<sup>49</sup>

Classificações pré-definidas, como ocorrem no art. 4º (e também ocorria no art. 3º) do Código Civil, acabam por se tornar amarras à aplicação do Direito, verdadeiros estereótipos. O que ocorre é a subsunção do caso ao disposto na lei, como forma de prática positiva e legalista. O que se busca é a aplicação casuística, analisando as situações em concreto, as vicissitudes que cada caso e cada pessoa apresenta, para que seja moldado individualmente o cuidado necessário, sem predeterminações. Assim:

A pessoa constrói diuturnamente sua personalidade e, portanto, tanto a capacidade quanto a incapacidade somente podem ser verificadas no caso concreto, sem figuras determinadas aprioristicamente, ainda que,

---

<sup>47</sup> SOUZA, 2016, p. 360.

<sup>48</sup> SOUZA, 2016, p. 284.

<sup>49</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 164.

uma vez reconhecidas, os papéis estejam na norma jurídica.<sup>50</sup>

Propõe-se, portanto, que a norma que trata da (in)capacidade seja aberta, que não existam gradações já definidas<sup>51</sup> ou hipóteses a serem observadas de antemão. Isso beneficiaria a participação da pessoa curatelada no processo, que seria uma construção feita pelas partes, a fim de chegar a um resultado que beneficiasse a integridade pessoal individual.

Se a dignidade da pessoa humana é o eixo do sistema – como se proclama a torto e a direito –, engessar o poder do juiz de proteger de forma plena alguém acometido por uma situação incapacitante é garantir essa dignidade?

O que protege melhor, a flexibilidade ou a rigidez? A possibilidade do amplo exercício do estado de direito por meio da jurisdição ou a sua inibição?<sup>52</sup>

Uma norma aberta, flexível, mostra-se ideal para que seja feita a construção da melhor solução na seara jurisdicional.

Outro ponto a ser privilegiado seria a avaliação por equipe multidisciplinar, ponto central da construção. Essa avaliação deveria ser obrigatória e não facultativa como atualmente ocorre. A análise da situação concreta por diversas ciências ajudaria a ter uma definição mais realística do caso, com a aferição da extensão do discernimento que a pessoa apresenta, para cada ato específico que for impugnado.

Por isso, para a atribuição da curatela, do cuidado, será necessária a constatação de limitação total ou parcial ao discernimento por uma equipe multidisciplinar, composta por psiquiatra, psicólogo, assistente social, terapeuta ocupacional etc. que concluirá acerca da existência ou não de um transtorno mental ou de uma deficiência mental ou intelectual, mas, independentemente disso, sua influência no

---

<sup>50</sup> TEIXEIRA; SOUZA, 2017, p. 158.

<sup>51</sup> Apesar de também ser um assunto digno de discussão, ressalta-se que não se trata da gradação da capacidade em função da idade nesta pesquisa.

<sup>52</sup> KÜMPEL; BORGARELLI, 2015, s.p.

discernimento para o exercício dos atos da vida civil, culminando na interdição.<sup>53</sup>

Além disso:

Cabe a uma equipe multidisciplinar verificar a deficiência (art. 2, parágrafo único do Estatuto da Pessoa com Deficiência<sup>54</sup>) e, também, cabe a ela avaliar se, excepcionalmente, a deficiência afeta a autodeterminação da pessoa, ou seja, afeta seu discernimento para exercer os atos da vida civil. Se a capacidade é a regra, a incapacidade deve ser provada *quando existir e nos limites em que existir*.<sup>55</sup> (grifos nossos)

A análise passa a ser mais criteriosa e individualizada, com regras flexíveis. Apenas a doença mental não pode caracterizar medida tão extrema quanto à interdição e/ou à curatela.

A insuficiência mental, para justificar um estatuto particular de incapacidade ou limitada capacidade, [...] deve representar objetivamente um estado patológico. Esse estado patológico pode ser individuado mediante uma complexa avaliação das condições pessoais do sujeito e daquelas sociais, culturais e ambientais, mas, sempre, em relação ao exclusivo interesse das manifestações do desenvolvimento pessoal, e não já alegando razões de interesse superior que bem se prestariam a legitimar qualquer instrumentalização [...].<sup>56</sup>

O discernimento é o ponto central a ser avaliado, mas não apenas ele. As interações da pessoa com o mundo social, com o que está à sua volta, também se

---

<sup>53</sup> SOUZA, 2016, p. 378.

<sup>54</sup> Elucida-se que é o primeiro parágrafo do art. 2º do EPD que traz a necessidade de avaliação por equipe multidisciplinar, como se mostra a seguir: “§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação” (BRASIL, 2015b).

<sup>55</sup> TEIXEIRA; SOUZA, 2016, p. 161.

<sup>56</sup> PERLINGIERI, 2002, p. 166.

mostram de suma importância. Em especial nesse momento vivenciado, em que o modelo médico já foi superado, pois não há que se tratar apenas a doença, de forma a adaptar a pessoa ao ambiente. O ambiente também deve estar preparado para receber a pessoa, e, por isso, a avaliação não pode ser feita apenas do ponto de vista médico.

Sempre que as faculdades intelectivas e afetivas estiveram intactas, ainda que de forma residual, deverão ser preservadas, pois, dessa forma, contribui-se para o desenvolvimento da personalidade, dando ao sujeito o reconhecimento de seu estado como pessoa e cidadão, que coadunem com sua situação biopsicossocial<sup>57</sup>.

Sobre a flexibilização do instituto da incapacidade, Teixeira e Souza explicam que:

Portanto, existia toda uma corrente doutrinária que proclamava a necessidade de se fazer valer a estreita relação existente entre integridade psíquica e capacidade de exercício, de modo a valorizar a vontade do “incapaz” portador de discernimento, revelando respeito às suas parcelas de poder e de autodeterminação. Assim, propunha-se que a capacidade de agir deveria ser diretamente proporcional ao grau de discernimento que a pessoa tem, sendo o caso, nesta hipótese, de acabar com a rígida separação entre absolutamente e relativamente incapazes, para que seja efetivamente possível uma visão quantitativa e qualitativamente diferente dos atos praticados por aqueles que não têm a totalidade do seu discernimento.<sup>58</sup>

Filia-se neste trabalho a essa corrente, entendendo ser a flexibilização medida que coaduna com a dignidade da pessoa humana e propicia a autonomia privada.

Não haveria hipóteses apriorísticas para a declaração da incapacidade, nem argumentos pragmáticos que justifiquem a limitação da capacidade<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> PERLINGIERI, 2002, p. 164-165.

<sup>58</sup> TEIXEIRA; SOUZA, 2017, p. 157.

<sup>59</sup> SÁ; MOUREIRA, 2011, p. 137.

Sobre a função do direito civil na atualidade, Nelson Rosenvald entende que essa é “[...] revisitar o ser humano subjacente ao indivíduo” e que a dignidade, cláusula geral de proteção, é também uma forma de proteção da integridade psicofísica do indivíduo, “corpo, alma e intelecto”<sup>60</sup>. Portanto, a própria capacidade funda-se na dignidade, devendo ser restringida em situações excepcionais e não deve nunca ser uma punição “[...] pelo simples fato de se comportar de modo diferenciado”<sup>61</sup>, pois todos os seres humanos, de uma forma ou outra, possuem vulnerabilidades que são permanentemente superadas para que se afirme a subjetividade individual<sup>62</sup>.

O foco deve estar não na doença, por si só, mas, sim, em que a doença afeta no comportamento cognitivo, volitivo e social.

Com um sistema aberto, poder-se-á, também, flexibilizar a forma de cuidado, de acordo com a necessidade pessoal, conforme defendido por Lara Antunes de Souza e apresentado na seção anterior. A pessoa poderia ser representada ou assistida, a depender da necessidade de cuidado. Não se teria a definição de que a incapacidade absoluta pressupõe a representação, e a incapacidade relativa pressupõe a assistência, pois todos esses conceitos não seriam mais predefinidos e, sim, construídos durante o processo.

É importante salientar que a norma jurídica aberta não influenciaria na judicialização de processos, com aumento do número deles, pois a interdição (ou curatela) deve ser declarada em juízo. Ela, por ser medida extraordinária, não se presume.

Credita-se grande valor às palavras de Lara e Pereira, que entendem que um sistema de incapacidades adequado “[...] é aquele que se constrói estando atento às peculiaridades que marcam cada um dos indivíduos, mas que tenha também sua base nas potencialidades e nos diferentes graus de discernimento que caracterizam cada uma dessas pessoas”<sup>63</sup>.

Isto é o que se propõe neste trabalho: que as potencialidades, a autonomia, o desenvolvimento da personalidade e a pessoalidade de cada indivíduo sejam

<sup>60</sup> ROSENVALD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (Org.). *Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI*. Belo Horizonte: D’Plácido, Cap. 1, p. 18, 2014.

<sup>61</sup> ROSENVALD, 2014, p. 19.

<sup>62</sup> ROSENVALD, 2014, p. 19.

<sup>63</sup> LARA; PEREIRA, 2018, p. 97.

respeitados, para que não tenha mais “mortes civis” e que não haja estigma sobre o processo de interdição. Com a participação de equipes multidisciplinares e do próprio curatelando, a solução será construída para cada caso, individualmente, respeitando-se os princípios constitucionais, os da CDPD, os do EPD e os do processo.

## CONCLUSÃO

Analisadas as alterações promovidas pelo Estatuto no Código Civil e na teoria das incapacidades, verifica-se que atualmente, em razão da saúde mental, existem apenas duas possibilidades: ou se é plenamente capaz, ou se é relativamente incapaz.

Quanto ao discernimento, esse foi desconsiderado pelo Estatuto que, pretendendo atribuir igualdade, esqueceu-se de que a igualdade não pode ser apenas formal. Ela deve, primordialmente, ser material. Todas as pessoas são portadoras de vulnerabilidades, em maior ou menor medida, que devem ser reconhecidas e protegidas para que as relações sociais possam ser realizadas de forma equitativa, sem vantagens para uma ou outra parte.

Para que não se gerem desproteções, vê-se que, na prática, muitos julgadores estão determinando a incapacidade relativa, fazendo um verdadeiro exercício de ativismo para enquadrar a situação principalmente na hipótese do inciso III do art. 4º do CC/2002, para que as pessoas não fiquem desprotegidas.

Outros, por sua vez, estão determinando a curatela, ainda que reconheçam a capacidade plena nos termos do art. 6º do EPD. Não se concorda com essa medida, por se entender que ela é controversa. Como reconhecer uma medida de cuidado a alguém que é plenamente capaz? Uma situação não se conecta a outra, o que acaba por criar um abismo jurídico.

Outra solução apresentada foi a teoria de fluidez da aplicação das medidas de cuidado (a assistência e a representação) proposta por Lara Antunes de Souza. Portanto, ainda que a pessoa seja declarada relativamente incapaz ou que mantenha a capacidade plena, o caso concreto, considerando os relatórios da equipe multidisciplinar, guiará a medida mais adequada a ele. Se o indivíduo necessita de um cuidado mais próximo, com a substituição de sua vontade, por não ter discernimento completo, moldar-se-á a sentença, considerando a curatela em forma de representação; se, de forma diversa, o indivíduo preserva, em qualquer grau, o discernimento, a medida adequada deve ser a assistência.

Por fim, tratou-se da possibilidade de revisão da teoria das incapacidades, em que não se existiriam hipóteses fechadas, mas, sim, uma cláusula aberta. Não se ousou, todavia, fazer uma proposta de mudança legislativa, entendendo ser essa uma tarefa para especialistas.

Uma regra aberta, sem hipóteses taxativas, propiciaria uma construção caso a caso, com participação, em máximo grau, do curatelando. Uma avaliação multidisciplinar tornar-se-á obrigatória, pois, com base nela, se dariam as discussões jurídicas. Além disso, poder-se-ão construir sentenças, que seriam moldadas a cada situação apresentada, prestigiando a autonomia de cada indivíduo, sem apagar sua história, ou substituí-lo por outrem, o que causa uma verdadeira morte civil.

O que se pretende é que o discernimento volte a ser a base da aplicação da teoria, pois se entende que dessa forma não haveria estigmatização de pessoas e doenças. Estas não são a causa da incapacidade, e, sim, a unidade do discernimento.

Dessa forma, garantir-se-ia a proteção necessária, como construída pelo sistema legal, ao se pensar nos efeitos que as incapacidades relativa e absoluta proporcionam e, principalmente, preservar-se-ia a autonomia de cada indivíduo, que poderá participar da construção da sua própria história.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 5 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 jul. 2015b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm)>. Acesso em: 5 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.694.984/MS. Relator: Luis Felipe Salomão - Quarta Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 1º fev. 2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201700120810&dt\\_publicacao=01/02/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700120810&dt_publicacao=01/02/2018)>. Acesso em: 24 nov. 2018.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A teoria das capacidades no Direito brasileiro: de Teixeira de Freitas e Clovis Beviláqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves



(Org.). *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Belo Horizonte: D'Plácido, cap. 1, p. 17-33, 2018.

CHALUB, Miguel. Medicina forense, Psiquiatria forense e lei. In: ADBALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Lisieux E. de Borba. *Psiquiatria forense de Taborda*. 3. ed. Porto Alegre, Artmed, Cap. 1, p. 3-12, 2016.

\_\_\_\_\_; TELLES, Lisieux E. de Borba. *Psiquiatria forense de Taborda*. 3. ed. Porto Alegre, Artmed, Cap. 12, p. 201-215, 2016.

HOSNI, David S. S. O conceito de deficiência e sua assimilação legal: incompatibilidade entre a concepção não etimológica adotada no Estatuto da Pessoa com Deficiência e a fundamentação da incapacidade na falta de discernimento. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org.). *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, Cap. 2, p. 35-58, 2018.

FARIA, Romário. *Parecer nº 266, de 2015*. Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 4, de 2015, ao Projeto de Lei do Senado nº 6, de 2003 (Projeto de Lei nº 7.699, de 2006, na Câmara dos Deputados), do Senador Paulo Paim, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei Brasileira da Inclusão. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4541434&disposition=inline>>. Acesso em: 5 maio 2019.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Discernimento. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio - O dicionário da Língua Portuguesa*. 8. ed. Curitiba: Positivo, p. 257, 2010.

\_\_\_\_\_. Discernir. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio - O dicionário da Língua Portuguesa*. 8. ed. Curitiba: Positivo, p. 257, 2010.

FIUZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Regime jurídico das incapacidades e tutela da vulnerabilidade. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes, Cap. 2, p. 10-22, 2017.

KÜMPPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. As aberrações da Lei 13.146/2015. *Migalhas*, 11 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224905,61044-As+aberracoes+da+lei+131462015>>. Acesso em: 5 maio 2019.

LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fabio Queiroz. Estatuto da Pessoa com Deficiência: proteção ou desproteção? In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org.). *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, Cap. 5, p. 95-124, 2018.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Estatuto da Pessoa com Deficiência e questões médicas. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima

Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes, Cap. 11, p. 118-131, 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº 0114946-38.2013.8.13.0245. Relator: Alice Birchall. Belo Horizonte, 21 fev. 2017. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=5&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=CURATELA&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&listaRelator=0-89920&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 5 maio 2019.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. Estatuto da Pessoa com Deficiência: a revisão da teoria das incapacidades e os reflexos jurídicos na ótica do notário e do registrador. *Revista Eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba/PR, v. 5, n. 46, p. 58-64, nov. 2015. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/87594>>. Acesso em: 5 maio 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Processo nº 0122473-22.2016.8.21.7000. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 17 ago. 2016. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70069122794&num\\_processo=70069122794&codEmenta=6896195&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70069122794&num_processo=70069122794&codEmenta=6896195&temIntTeor=true)>. Acesso em: 5 maio 2019.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, Cap. 1, p. 1-34, 2002.

ROSENVALD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades. In: BRAGANETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (Org.). *Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI*. Belo Horizonte: D'Plácido, Cap. 1, p. 15-31, 2014.

SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá; MOUREIRA, Diogo Luna. *A capacidade dos incapazes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SOUZA, Iara Antunes de. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: curatela e saúde mental – Conforme a Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência/13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

TABORDA, José G. V.; ADBALLA-FILHO, Elias; MECLER, Kátia; MORAES, Talvane de. Avaliação da capacidade civil: pontos-chave. In: ADBALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Lisieux E. de Borba. *Psiquiatria forense de Tabora*. 3. ed. Porto Alegre, Artmed, Cap. 12, p. 201-215, 2016.

TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e confrontações com o novo CPC. Parte I. *Migalhas*, Família e Sucessões. 29 jul. 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 5 maio 2019.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: Lei de Introdução e parte geral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2017. [e-book].

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 3-36, jan. 2008.

\_\_\_\_\_; SOUZA, Iara Antunes de. Algumas reflexões sobre a limitação da curatela às questões patrimoniais no Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes, Cap. 14, p. 154-167, 2017.

TELLES, Lisieux E. de Borba; DAY, Vivian Peres; ZORATTO, Pedro Henrique Iserhard. Transtornos psicóticos. In: ADBALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Lisieux E. de Borba. *Psiquiatria forense de Tabora*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, Cap. 23, p. 431-444, 2016.

Submissão em: 22.06.2019

Avaliado em: 30.06.2019 (Avaliador C)

Avaliado em: 19.07.2019 (Avaliador E)

Aceito em: 02.09.2019

## EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN CHILE<sup>1</sup>

### *SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN PUBLIC POLICIES IN CHILE*

**Gonzalo Aguilar Cavallo<sup>2</sup>**

Profesor de Derecho Constitucional, Internacional, Ambiental y Derechos Humanos, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca (CECOCH-Utalca, Santiago, Chile)

“Cada uno de nos otros, ya sea como funcionario de un gobierno, de una organización intergubernamental o no gubernamental, de una empresa, de los medios de difusión, o sencillamente como ser humano, tiene la obligación de hacer todo lo que esté a su alcance para defender los derechos humanos de sus semejantes cuando se vean amenazados.” Kofi A. Annan<sup>3</sup>

**ÁREA(S):** derecho del medio ambiente; derechos humanos; políticas públicas.

**RESUMEN:** El desarrollo sostenible ha permeado no sólo el lenguaje político sino también los contenidos normativos. El desarrollo sostenible, junto con convertirse en un concepto jurídico,

se encuentra cada vez más presente en el discurso político. Esto último es especialmente relevante en el caso de países en vías de desarrollo como Chile. Este trabajo tiene por objetivo examinar el concepto de desarrollo sostenible y analizar su presencia en las políticas

<sup>1</sup> El artículo ya ha sido publicado en el siguiente libro: *Energía, Cambio Climático y Desarrollo Sostenible: Impacto sobre los derechos humanos*. Ediciones Antropo y Fundación Heinrich Böll, Bogotá. 2018. Editors Henry Jiménez Guanipa; Eduardo Viedma; Florian Huber.

<sup>2</sup> Abogado (Chile). Doctor en Derecho (España). Magister en Relaciones Internacionales (España). Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Subdirector del Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Santiago, Chile). *E-mail*: gaguilar@utalca.cl. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7342289692171980>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9728-6727>.

<sup>3</sup> ANNAN, Kofi A.: “Los derechos humanos y la intervención en el Siglo XXI”, en PNUD: *Informe sobre Desarrollo Humano 2000*. Madrid, Ediciones Mundi-Prensa, 2000, p. 31.

públicas nacionales, en particular, en las iniciativas legislativas. Se aprecia que el desarrollo sostenible se encuentra a la base de algunas políticas públicas, pero aun de forma muy primaria.

**ABSTRACT:** *The concept of sustainable development has shaped not only the political discourse but also legal contents. This principle is increasingly present in both political and legal reasoning. This is particularly noteworthy in developing countries like Chile. This paper aims at examining the concept of sustainable development and analyzing its use in public policies in Chile, specially, in the legislative field. This principle is found to be at the heart of several public policies but still in its primary form.*

**PALABRAS CLAVE:** desarrollo sostenible; ecodesarrollo; recursos naturales; derechos humanos; políticas públicas.

**KEYWORDS:** *sustainable development; ecodesvelopment; natural resources; human rights; public policies.*

**SUMARIO:** Introducción; 1 Desarrollo sostenible: sentido y alcances; 2 La sustentabilidad en la política legislativa; Reflexiones finales; Bibliografía citada.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Sustainable development: meaning and scope; 2 Sustainability in the legislative policy; Final thoughts; Literature cited.*

## INTRODUCCIÓN

**E**n la Agenda 2030, titulada “Transformar nuestro mundo”, los Estados afirman lo siguiente, respecto de los objetivos que tiene relación con el medio ambiente y el desarrollo sostenible:

“Estamos decididos a proteger el planeta contra la degradación, incluso mediante el consumo y la producción sostenibles, la gestión sostenible de sus recursos naturales y medidas urgentes para hacer frente al cambio climático, de manera que pueda satisfacer las necesidades de las generaciones presentes y futuras.”<sup>4</sup>

En el extracto precedente, los Estados del mundo vinculan desarrollo sostenible, derecho al desarrollo y derecho a un medio ambiente saludable. En consonancia, en el caso de Chile, el Programa de Gobierno de la Presidenta

<sup>4</sup> Asamblea General: *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Doc. A/RES/70/1, de fecha 21 de octubre de 2015. Preámbulo.

Michelle Bachelet 2014-2018 se comprometía en materia de medio ambiente a lo siguiente:

“La desigualdad también se expresa en el medio ambiente. El deterioro ambiental y la contaminación afectan con mayor severidad la calidad de vida de la población más vulnerable. Tenemos el deber de cambiar esta realidad. La sustentabilidad exige no sólo equilibrar crecimiento económico y protección ambiental, sino también, hacerlo con equidad social. Este será el eje de nuestra gestión: lograr mayor equidad ambiental.

[...]

Hoy el desarrollo sustentable que nuestra ciudadanía reclama, implica un actuar decidido del Estado para conservar el patrimonio natural y cultural, hacer un uso racional de los recursos, impulsar una mejor calidad de vida y generar una visión y ocupación equilibrada y equitativa de los territorios, atendiendo la voz de nuestra gente que legítimamente exige mayor participación en las definiciones sobre los proyectos que inciden en su calidad de vida o que alteran zonas de gran valor ecológico.”<sup>5</sup>

Por su parte, la cuenta pública de la Presidenta Michelle Bachelet del año 2016 señalaba la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible dentro de los principales logros alcanzados durante el período mayo de 2015 a mayo de 2016. En efecto, mensaje de la Presidenta de Chile mencionaba lo siguiente:

“La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada por todos los países miembros de las Naciones Unidas, ONU, en septiembre de 2015, orientará el trabajo de dicha organización y las políticas públicas nacionales de sus miembros durante los próximos quince años. El eje central de la agenda son las personas y su bienestar, y busca promover el desarrollo inclusivo, igualitario y sostenible.

---

<sup>5</sup> Programa de Gobierno de Michelle Bachelet 2014-2018, p 126. Disponible en: <<http://michellebachelet.cl/programa/>> [Visitado el 18/5/2017]

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible, ODS, tendrán un impacto a nivel internacional, regional y, sobre todo, nacional. Chile tiene un compromiso con el cumplimiento de las metas de cada objetivo, por lo que los ODS tendrán un efecto directo en todas las políticas públicas a nivel nacional durante los próximos quince años. Los 17 objetivos están diseñados para promover y asegurar el desarrollo social y económico sostenible e inclusivo, así como a garantizar la protección medioambiental, en beneficio de todos los ciudadanos, de ésta y de las próximas generaciones, sin distinción de edad, sexo, discapacidad, cultura, raza, etnia, origen, estatus migratorio, religión, entre otros.”<sup>6</sup>

En estas declaraciones oficiales del gobierno de Chile se insiste en un completo compromiso del Estado con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Es más, la propia Presidenta declara que esta Agenda orientará las políticas públicas nacionales durante los próximos quince años y que Chile tiene un compromiso con el cumplimiento de las metas de cada objetivo, por lo que los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) tendrán un efecto directo en todas las políticas públicas a nivel nacional durante los próximos quince años.

Estas declaraciones y compromisos gubernamentales contrastan fuertemente con relevantes hechos relativamente recientes que permiten preguntarse si es que efectivamente las políticas públicas nacionales han tomado en serio la Agenda 2030.

Durante parte del mes de enero y febrero de 2017 toda la población de Chile asistió a través de la difusión incesante por la televisión y los diversos medios a presenciar incendios forestales en la zona central de Chile de gran magnitud y dramatismo. Se observó incluso que se trataba de los incendios forestales más grandes registrados en la historia del país. Las consecuencias de estos incendios se hicieron sentir con especial fuerza sobre los grupos más

---

<sup>6</sup> Mensaje Presidencial, 21 de mayo de 2016. Michelle Bachelet, Presidenta 2014-2018, p. 54. Disponible en: <http://21demayo.gob.cl/> [Visitado el 17/5/2017]

vulnerables<sup>7</sup>. Baste recordar a este respecto la terrible destrucción por las llamas del poblado de Santa Olga, luego declarada zona de catástrofe<sup>8</sup>.

Por otra parte, el día 20 de abril de 2017, Aguas Andinas, la empresa privada metropolitana de distribución de agua, anuncia corte masivo de agua en Santiago a raíz de las lluvias que se habían producido en la zona<sup>9</sup>. El Intendente Orrego como explicación señala “el cambio climático llegó para quedarse en nuestra región, en nuestro país, ustedes han presenciado lo que ocurrió en Colombia, lo que ocurrió en Perú [...]”<sup>10</sup>.

En este trabajo se usará indistintamente el término desarrollo sustentable o sostenible. En el mismo, se pretende revisar brevemente el uso del concepto en la actividad legislativa chilena, seleccionando para ello, solamente algunos ejemplos relevantes.

Esta presentación pretende examinar brevemente la interconexión que existe entre desarrollo sostenible, derecho humano al medio ambiente y derecho al desarrollo. Para llevar a cabo este somero análisis este trabajo se divide en dos partes. En la primera parte abordaremos someramente el concepto de desarrollo sostenible. En la segunda parte, examinaremos el uso de este concepto de desarrollo sostenible y sus contenidos, en la actividad legislativa.

---

<sup>7</sup> “La comunidad de Santa Olga es humilde, como expresa Segovia, y viven en casas hechas de material ligero y madera. Ya cuentan con servicios básicos de luz, agua potable (a través del programa de Agua Potable Rural) y antes de la tragedia se estaba analizando la construcción del alcantarillado.” DOMÍNGUEZ, Francisca: “Santa Olga, la historia del pueblo de la comuna de Constitución que fue destruido por las llamas”, en *Emol*, 26 de Enero de 2017. Disponible en: <<http://www.emol.com/noticias/Nacional/2017/01/26/841943/Santa-Olga-la-localidad-forestal-que-desaparecio-con-el-incendio.html>> [Visitado el 17/5/2017]

<sup>8</sup> Vid. *Incendio forestal en Santa Olga arrasó un número indeterminado de viviendas*, 26 de enero de 2017. Disponible en: <<http://www.soychile.cl/Concepcion/Sociedad/2017/01/26/443280/Mas-de-1000-casas-destruyo-el-incendio-forestal-en-Santa-Olga-en-la-Region-del-Maule.aspx>> [Visitado el 17/5/2017]

<sup>9</sup> REED, Pablo: “Lluvias en San José de Maipo generan segundo corte masivo de agua del año”, en *Terram*, 21 de Abril de 2017. Disponible en: <<http://www.terram.cl/2017/04/lluvias-en-san-jose-de-maipo-generan-segundo-corte-masivo-de-agua-del-ano/>> [Visitado el 17/5/2017]

<sup>10</sup> Vid, “Intendente Orrego y gerente de Aguas Andinas culpan al cambio climático por cortes de agua tras lluvias”, en *El Ciudadano*, 20 de abril de 2017. Disponible en: <<http://www.elciudadano.cl/politica/intendente-orrego-y-gerente-de-aguas-andinas-culpan-al-cambio-climatico-por-cortes-de-agua-tras-lluvias/04/20/>> [Visitado el 17/5/2017]



## 1 DESARROLLO SOSTENIBLE: SENTIDO Y ALCANCES

### 1.1 EL ORIGEN Y SU ALCANCE

Un antecedente relevante del desarrollo sostenible se encuentra en el término “ecodesarrollo”, forjado en los años 1970. Uno de sus principales exponentes es el profesor Sachs. De acuerdo con este autor, el ecodesarrollo se caracterizaría por los siguientes tres elementos:

“(A) sus objetivos sociales, intentando realizar “una civilización del ser basada en el reparto equitativo del tener” (según la sugestiva aunque imprecisa fórmula de Joseph Lebert);

(B) la aceptación voluntaria de las limitaciones ecológicas basada en un principio, el de solidaridad diacrónica (o intergeneracional), que completa al de solidaridad sincrónica subyacente al desarrollo social; y

(C) la búsqueda de la eficacia económica, ‘que conserva toda su importancia pese a su carácter instrumental’.”<sup>11</sup>

En definitiva, el objetivo perseguido sería un desarrollo socialmente justo, ecológicamente compatible y económicamente viable<sup>12</sup>. Riechmann, por su parte, sostiene que “[e]l ecodesarrollo, definido en sus orígenes como una guía de orientación de estrategias de desarrollo regional, especialmente adaptado a las áreas tropicales rurales, va generalizándose con rapidez para definir proyectos de desarrollo integral ecológicamente racionales. El concepto se amplía para sintetizar un estilo de desarrollo más igualitario y menos dependiente que hace hincapié en una mayor racionalidad socioambiental para el manejo de los recursos y el espacio, utilizando diseños ecológicamente viables en la planificación del

<sup>11</sup> «Plutôt qu’une recette, en effet, l’écodéveloppement se veut une valeur heuristique permettant de choisir les solutions les plus appropriées à chaque écosystème naturel, social et culturel, pour garantir l’amélioration des conditions de vie dans tous les groupes sociaux, en solidarité avec les générations à venir.” Haubert, Maxime: «Stratégies du développement», in *Revue Tiers Monde*, T. XXI, N° 83, Juillet-Septembre 1980, p. 689; RIECHMANN, Jorge: “Desarrollo sostenible: la lucha por la interpretación”. Disponible en: <[https://sistemamid.com/panel/uploads/biblioteca/2014-09-30\\_10-56-06111186.pdf](https://sistemamid.com/panel/uploads/biblioteca/2014-09-30_10-56-06111186.pdf)> [Visitado el 20/4/2017]

<sup>12</sup> Cfr. DASMANN, Raymond F.: “Achieving the sustainable use of species and ecosystems”, in *Landscape Planning*, Vol. 12, Issue 3, November 1985, pp. 211-219, especialmente, p. 215; RIECHMANN, Jorge: “Desarrollo sostenible: la lucha por la interpretación”. Disponible en: <[https://sistemamid.com/panel/uploads/biblioteca/2014-09-30\\_10-56-06111186.pdf](https://sistemamid.com/panel/uploads/biblioteca/2014-09-30_10-56-06111186.pdf)> [Visitado el 20/4/2017]

desarrollo económico, con aplicación de tecnologías ambientalmente adecuadas y buscando asimismo un mayor control democrático y participación popular en las decisiones sobre el ambiente físico y social de los más directamente afectados”<sup>13</sup>.

Por su parte, Diemer afirma que esta nueva forma de organización de la sociedad “nos permite poner en evidencia una representación del desarrollo sostenible centrado en los desafíos de la sociedad, en una aproximación pluridisciplinaria, de grandes principios éticos [...] Que se llaman convivialidad en los países del Norte o buen vivir en los países del Sur, esta búsqueda de una nueva sociedad arranca su substancia de la diversidad, se trata de obtener lo mejor de nuestras sociedades, ya sean modernas o tradicionales”<sup>14</sup>.

El ecodesarrollo precedió al concepto de desarrollo sostenible, el cual es acuñado definitivamente en los años 1980. En efecto, la denominada Comisión Brundtland de las Naciones Unidas forja este principio, incorporando como elementos del mismo, *inter alia*, nociones de racionalidad, equilibrio, balance ecológico y sobre todo, de equidad social y justicia ambiental con proyecciones hacia el mundo a venir. De este modo, aparece en escena en forma explícita y conectada con el desarrollo la justicia con las generaciones futuras. En este sentido, algunos autores han introducido el principio de responsabilidad en el contexto de una ética medio ambiental del futuro<sup>15</sup>. El Informe Brundtland que lleva por título “Nuestro Futuro Común”, afirma que el “desarrollo sostenible es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> RIECHMANN, Jorge: “Desarrollo sostenible: la lucha por la interpretación”. Disponible en: <[https://sistemamid.com/panel/uploads/biblioteca/2014-09-30\\_10-56-06111186.pdf](https://sistemamid.com/panel/uploads/biblioteca/2014-09-30_10-56-06111186.pdf)> [Visitado el 20/4/2017]; JIMÉNEZ Herrero, Luis, *Medio ambiente y desarrollo alternativo*, Iepala, Madrid 1989, p. 36.

<sup>14</sup> DIEMER, Arnaud: «Développement durable plutôt qu’écodéveloppement: le nouveau gadget idéologique de l’occident?», in Colloque francophone, «Les représentations Nord Sud du développement durable», les 19 et 20 décembre 2012, Université Blaise Pascal - IUFM Auvergne. Disponible en: <<http://www.oconomia.net/private/colloquerepresentationsNS/diemer-dd-dec2012.pdf>> [Visitado el 17/5/2017]

<sup>15</sup> FERRARI, Sylvie: “Éthique environnementale et développement durable: Réflexions sur le Principe Responsabilité de Hans Jonas», in *Développement durable et territoires*, Vol. 1, n° 3, Décembre 2010, pp. 1-13.

<sup>16</sup> Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: “Nuestro futuro común”. Doc. N.U. A/42/427, de fecha 4 agosto de 1987, p. 67.

Por eso que Riechmann señala que este principio “[e]ncierra en sí dos conceptos fundamentales: a) el concepto de ‘necesidades’, en particular las necesidades esenciales de los pobres, a las que se debería otorgar prioridad preponderante; b) la idea de limitaciones impuestas por el estado de la tecnología y la organización social entre la capacidad del medio ambiente para satisfacer las necesidades presentes y futuras”<sup>17</sup>.

Si bien es posible encontrar rastros de la evolución de este principio desde los años 70, no es sino hasta el denominado Informe Un Mundo Mejor, dirigido por Gro Brundtland en 1987, que este principio recibe su consagración a nivel mundial. De acuerdo con este Informe, tradicionalmente se ha entendido que el desarrollo sostenible es aquel que satisface las necesidades de las generaciones actuales, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Este nuevo concepto implicó el inicio de un debate en torno al modelo de desarrollo social y ambiental y, consecuentemente, un análisis más profundo de la relación entre derechos humanos y medio ambiente. También fue en esta época en que se propuso por algunos, desde un punto de vista económico, un modelo de desarrollo conservacionista, esto quería decir que “el crecimiento de la población, de la renta nacional, del consumo, y de todas las demás variables, deben de estar condicionados a que la naturaleza – como patrimonio colectivo, de todos para hoy y para mañana – no disminuya, y a que si ha sufrido se le vaya ayudando a restaurarse progresivamente”<sup>18</sup>.

Con posterioridad, en el año 2000 se adoptaron los Objetivos del Desarrollo del Milenio. Dichos objetivos no se cumplieron por parte de los Estados. En un esfuerzo adicional por renovar sus solemnes compromisos, el 25 de septiembre de 2015, los Estados adoptaron la Agenda 2030 que contiene los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Estos constituyen un conjunto de objetivos para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad para todos como parte de una nueva agenda de desarrollo sostenible.

La Agenda 2030 incorpora 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, los cuales deberían ser alcanzados por la comunidad internacional de Estados en los siguientes 15 años. Estos son los Objetivos de Desarrollo Sostenible:

---

<sup>17</sup> RIECHMANN, Jorge: “Desarrollo sostenible: la lucha por la interpretación”. Disponible en: [https://sistemamid.com/panel/uploads/biblioteca/2014-09-30\\_10-56-06111186.pdf](https://sistemamid.com/panel/uploads/biblioteca/2014-09-30_10-56-06111186.pdf). [Visitado el 20/4/2017]

<sup>18</sup> TAMAMES, Ramón: “Modelo de desarrollo sostenible”, en Gafo, Javier (Ed.): *Ética y ecología*. Madrid: UPCO, 1991, pp. 143-150, especialmente, p. 150.

Objetivo 1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo.

Objetivo 2. Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible.

Objetivo 3. Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades.

Objetivo 4. Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos.

Objetivo 5. Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas.

Objetivo 6. Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos.

Objetivo 7. Garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos.

Objetivo 8. Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.

Objetivo 9. Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación.

Objetivo 10. Reducir la desigualdad en y entre los países.

Objetivo 11. Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.

Objetivo 12. Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles.

Objetivo 13. Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.

Objetivo 14. Conservar y utilizar en forma sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible.

Objetivo 15. Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar los bosques de forma sostenible, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y poner freno a la pérdida de la diversidad biológica.

Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.

Objetivo 17. Fortalecer los medios de ejecución y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible.<sup>19</sup>

Los objetivos del desarrollo sostenible tienen tres dimensiones básicas, el ámbito social, ambiental y económico, y, por ende, se proyectan a la esfera de los derechos humanos. De todos los ODS, existen 6 que permiten muy precisamente efectuar el vínculo entre desarrollo sostenible, derecho al medio ambiente y derecho al desarrollo. En efecto, el ODS N° 2 recuerda el derecho a la alimentación al referirse a la seguridad alimentaria, la nutrición y la agricultura sostenible. El ODS N° 6 conecta la gestión sostenible del agua con el derecho al agua potable y al saneamiento. El ODS N° 11 trae a nuestra mente el derecho a la vivienda en relación con los asentamientos humanos sostenibles. El ODS N° 13 vincula el cambio climático con el desarrollo sostenible. En este contexto, “Chile reafirmó su genuino compromiso con los esfuerzos respecto al cambio climático con la participación de la Presidenta de la República en la Vigésimo Primera Conferencia de las Partes de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, COP21, realizada el 30 de noviembre de 2015 en París, Francia. Chile demostró liderazgo presionando por un plan ambicioso, duradero y vinculante, lo que finalmente se logró”<sup>20</sup>. De nuevo, en el año 2017, la Presidenta reiteró que las políticas públicas nacionales – en este caso del sector defensa – se insertaban en las obligaciones internacionales que Chile había asumido<sup>21</sup>. El ODS N° 14 relaciona la conservación y protección de la naturaleza marina con el desarrollo sostenible. Y, por último, el ODS N° 15 conecta la protección de los ecosistemas terrestres, de los bosques, de la tierra y de la diversidad biológica con el uso sostenible de los mismos, todo lo cual permite relacionar este objetivo con el derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible.

La Presidenta Michelle Bachelet ha señalado que “creo que todos los países miembros de Naciones Unidas dimos un paso que me atrevo a

<sup>19</sup> Vid. Asamblea General: *Transformar Nuestro Mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Doc. N.U. A/RES/70/1, de fecha 21 de octubre de 2015.

<sup>20</sup> Mensaje Presidencial, 21 de mayo de 2016. Michelle Bachelet, Presidenta 2014-2018, p. 55. Disponible en: <http://21demayo.gob.cl/> [Visitado el 17/5/2017]

<sup>21</sup> “[L]a elaboración de una Política de Cambio Climático para el sector Defensa está en consonancia con los programas nacionales y los compromisos internacionales asumidos por Chile en los últimos años”. Clase Magistral de S.E. la Presidenta de la República, Michelle Bachelet Jeria, en el marco de la Conmemoración de los 70 años de la Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos Chile. Santiago, 10 de abril de 2017. Disponible en: <https://www.anepe.cl/wp-content/uploads/CLASE-MAGISTRAL-TRANSCRIPCION.pdf> [Visitado el 17/5/2017]

considerar histórico cuando aprobamos por unanimidad, el año pasado, dentro de la Agenda 2030, los Objetivos del Desarrollo Sostenible, y luego en París adquirimos compromisos concretos en materia de cambio climático. De ahí resulta un importante cambio de paradigma”<sup>22</sup>. Y, este cambio de paradigma, puede verse reflejado en los siguientes aspectos: “a) La promoción de la dignidad de la persona humana y el respeto del planeta son reconocidos como objetivos centrales del desarrollo de todos los países; b) La reducción de la desigualdad se transforma en un objetivo colectivo; c) Se hace necesario introducir políticas de inversión y consumo sostenibles que modifiquen significativamente los patrones actuales en una conjunción de políticas públicas, privadas y personales; d) El trabajo decente debe ser un objetivo central del crecimiento económico; e) Las políticas de cohesión y protección social deben ser parte integral del desarrollo sostenible; f) Se reconoce la necesidad de poner en práctica políticas que integren las dimensiones sociales, económicas y medioambientales lo que supone superar el paralelismo de las políticas sectoriales; g) En fin, la sustentabilidad humana y del planeta pasa a ser un compromiso universal de todos los países”<sup>23</sup>.

## 1.2 SU CONSAGRACIÓN Y RECONOCIMIENTO

En consecuencia, el principio de desarrollo sostenible es un principio rector de la política internacional y de las distintas políticas nacionales que puede adoptar el Estado. Existen suficientes evidencias de una práctica generalmente aceptada por los Estados. Además, el principio de desarrollo sostenible se ha asentado como un principio ya consagrado en el derecho internacional del medio ambiente y en el derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, “el concepto de desarrollo sostenible cubre tres dimensiones – económica, social y ambiental – de una manera equilibrada e integrada, señalando la necesidad de proteger los derechos humanos. El trabajo decente ocupa un lugar central”<sup>24</sup>. Por lo tanto, tal como afirma Gros Espiell, “[e]l futuro democrático de América

<sup>22</sup> Vid. Conferencia de S.E. la Presidenta de la República, Michelle Bachelet Jeria, en la Academia Diplomática de Chile “Andrés Bello”, sobre el significado del concepto de “convergencia en la diversidad” en la política internacional. Santiago, 29 de agosto de 2016. Disponible en: <<https://prensa.presidencia.cl/discurso.aspx?id=39147>> [Visitado el 17/5/2017]

<sup>23</sup> Vid. Conferencia de S.E. la Presidenta de la República, Michelle Bachelet Jeria, en la Academia Diplomática de Chile “Andrés Bello”, sobre el significado del concepto de “convergencia en la diversidad” en la política internacional. Santiago, 29 de agosto de 2016. Disponible en: <<https://prensa.presidencia.cl/discurso.aspx?id=39147>> [Visitado el 17/5/2017]

<sup>24</sup> Bureau International du Travail: *Le Programme de développement durable à l'horizon 2030*. Doc. GB.325/INS/6, 14 octobre 2015, par. 6.

Latina y su desarrollo económico y social, – extremos sin los cuales es imposible concebir el perfeccionamiento del Estado de Derecho y la consagración plena de la dignidad de la persona humana – es, así, inseparable del proceso, que no debe detenerse y que por el contrario es preciso ahondar y acelerar, dirigido a dar mayor eficacia al Sistema Regional de promoción de los derechos humanos”<sup>25</sup>.

Desde la perspectiva del derecho comparado, se ha reconocido la existencia de este principio de desarrollo sostenible y el hecho de que su fuente se encuentra en el derecho internacional. En efecto, en el caso *Vellore Citizens’ Welfare Forum v. Union of India*, de 1996, la Corte Suprema de la India sostuvo el carácter consuetudinario del desarrollo sostenible. De hecho, la Corte afirma que “no le cabe duda que el desarrollo sostenible como un concepto que equilibra ecología y desarrollo ha sido aceptado como parte del derecho internacional consuetudinario aun cuando sus rasgos más destacados todavía deben ser finalizados por los juristas de derecho internacional”<sup>26</sup>. Cabe reconocer que la Corte Suprema alcanzó esta conclusión solo haciendo referencia a instrumentos de *softlaw* tales como la Declaración de Rio y el Informe Brundtland<sup>27</sup>.

Como hemos adelantado, nuestra propuesta es que todos estos elementos componentes del desarrollo sostenible, esto es, aquellos que son generalmente aceptados por los Estados en su práctica, deberían tener una expresión en el nivel de los derechos humanos.

En efecto, los derechos humanos forman parte de los logros más relevante del siglo XX para la protección de la dignidad del ser humano, de las comunidades y de los pueblos. Probablemente el siglo XXI será el tiempo de la eficacia de los derechos. El desarrollo sostenible se ha convertido en un principio indisolublemente unido a la plena realización de todos los derechos humanos, con particular referencia a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales<sup>28</sup>. Esta es justamente la idea principal que vehicula el derecho al

---

<sup>25</sup> GROS ESPIELL, Héctor: “Reflexiones en torno a la protección internacional de los derechos humanos en el ámbito regional americano”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, N° 1, 1987, pp. 165-186, especialmente p. 186.

<sup>26</sup> Supreme Court of India: *Vellore Citizens’ Welfare Forum v. Union of India*, August 28, 1996, p. 9.

<sup>27</sup> PRABHASH RANJAN, Anmolán y FARHEEN, Ahmad: “Is the Supreme Court Confused About the Application of International Law?”, 28 de septiembre de 2016. Disponible en: <<https://thewire.in/53930/supreme-court-international-law/>> [Visitado el 25/4/2017]

<sup>28</sup> AGUILAR CAVALLO, Gonzalo: “Las deficiencias de la fórmula ‘derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación’ en la Constitución chilena y algunas propuestas para su revisión”, en *Estudios Constitucionales*, Año 14, N° 2, 2016, pp. 365-416; AGUILAR CAVALLO, Gonzalo: “Las fuentes y el

desarrollo, punto de unión entre la noción de desarrollo y la plena satisfacción de los derechos humanos. Como una muestra de esta íntima conexión, por ejemplo, en el año 2015 “se acordaron cuatro documentos que tratan temas de desarrollo desde una perspectiva de derechos humanos y reafirman el derecho al desarrollo. Tales documentos son (i) la Agenda de Acción de Addis Abeba (financiación para el desarrollo), (ii) el Marco de Sendái (reducción del riesgo de desastres), (iii) la resolución 70/1 de la Asamblea General (Agenda 2030 y Objetivos de Desarrollo Sostenible), y (iv) el Acuerdo de París (cambio climático)”<sup>29</sup>. Incluso, algunos autores, a partir de instrumentos vinculados con los derechos humanos, tales como los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), han indicado que “que no se debe ceder ante la politización del debate sobre los aspectos conceptuales del derecho al desarrollo. Por el contrario, se debe consolidar la idea que ambas áreas – derechos humanos y desarrollo – se refuerzan mutua y positivamente, pues comparten bases comunes para afrontar problemas comunes. A través de una agenda común – los ODS – es posible avanzar en el camino de un desarrollo sostenible, centrado en las personas, con enfoque de derechos, e incluyendo elementos de participación, equidad, no discriminación y rendición de cuentas”<sup>30</sup>.

En consecuencia, además de estos relevantes documentos internacionales, el desarrollo sostenible se encuentra comprendido, por esta vía, en múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>31</sup>. Ya en los albores del siglo XXI, se apreciaba claramente la conexión entre desarrollo humano y derechos humanos, y se sostenía que “si bien se han registrado logros impresionantes, está pendiente un importante programa en el ámbito de los derechos humanos y el desarrollo humano y aún hoy continúa la lucha de la gente para realizar y asegurar sus libertades en siete esferas, lo que supone (sic): a) Librarse de la

---

alcance del derecho al desarrollo y su indivisibilidad con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 23, Nº 1, 2017, pp. 465-508.

<sup>29</sup> RONCAGLIOLO Benítez, José Ignacio: “Las cuestiones de desarrollo también son cuestiones de derechos”, en *El Mostrador*, 8 de diciembre de 2017. Disponible en: <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2017/12/08/las-cuestiones-de-desarrollo-tambien-son-cuestiones-de-derechos/>> [Visitado el 8/12/2017]

<sup>30</sup> RONCAGLIOLO BENÍTEZ, José Ignacio: “Las cuestiones de desarrollo también son cuestiones de derechos”, en *El Mostrador*, 8 de diciembre de 2017. Disponible en: <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2017/12/08/las-cuestiones-de-desarrollo-tambien-son-cuestiones-de-derechos/>> [Visitado el 8/12/2017]

<sup>31</sup> Vid. CDH: *Informe del Relator Especial sobre el Derecho al Desarrollo, SaadAlfarargi*. Nota de la Secretaria. Doc. N.U. A/HRC/36/49, de 2 de agosto de 2017.



discriminación, en pro de la igualdad; b) Librarse de la miseria, en pro de un nivel de vida digno; c) Tener libertad para realizar el potencial humano propio; d) Librarse del temor, sin peligro para la seguridad personal; e) Librarse de la injusticia; f) Tener libertad de participación, expresión y asociación; g) Tener libertad para desempeñar un trabajo digno, sin explotación”<sup>32</sup>. Como veremos a continuación, algunos de estos instrumentos son tomados en consideración en las iniciativas y en el trabajo legislativo para razonar a propósito de la elaboración de una determinada norma.

## 2 LA SUSTENTABILIDAD EN LA POLÍTICA LEGISLATIVA

El principio del desarrollo sostenible ha sido abarcado por la actividad de todas las ramas estatales, vale decir, tanto por las acciones realizadas por el órgano jurisdiccional, por el órgano ejecutivo así como por el legislativo. En esta parte, nos interesa abordar el examen de la actividad del poder legislativo con algunas pequeñas referencias en materia de políticas públicas gubernamentales al poder ejecutivo.

Una primera pregunta que aparece necesaria formularse es la siguiente: ¿qué es una política pública? De acuerdo con Tamayo, “las políticas públicas son el conjunto de objetivos, decisiones y acciones que lleva a cabo un gobierno para solucionar los problemas que en un momento determinado los ciudadanos y el propio gobierno consideran prioritarios. Desde este punto de vista, las políticas públicas se pueden entender como un proceso que se inicia cuando un gobierno o un directivo público detecta la existencia de un problema que, por su importancia, merece su atención y termina con la evaluación de los resultados que han tenido las acciones emprendidas para eliminar, mitigar o variar ese problema. El proceso o ciclo de construcción de las políticas públicas comprende las siguientes fases: 1. Identificación y definición del problema; 2. Formulación de las alternativas de solución; 3. Adopción de una alternativa; 4. Implantación de la alternativa seleccionada; 5. Evaluación de los resultados obtenidos”<sup>33</sup>.

¿Qué es la política legislativa? Quizás podríamos aventurar una breve respuesta distinguiendo entre política legislativa y técnica legislativa. La política legislativa, centrada en el proceso legislativo, serían todas aquellas propuestas,

---

<sup>32</sup> ANNAN, Kofi A.: “Los derechos humanos y la intervención en el Siglo XXI”, en *PNUD: Informe sobre Desarrollo Humano 2000*. Madrid, Ediciones Mundi-Prensa, 2000, p. 31.

<sup>33</sup> TAMAYO, Manuel: “El análisis de las políticas públicas”, en BAÑÓN, Rafael y Carrillo, Ernesto (compiladores): *La Nueva Administración Pública*. Alianza Editorial, Madrid 1997, p. 281.

planificaciones, acciones y ejecuciones de medidas, en el ámbito del Congreso y de sus competencias, que llevan a iniciar, desarrollar y culminar el proceso legislativo. En esta línea, un aspecto de la política pública se manifestaría en la política legislativa. De este modo, existen razones de mérito u oportunidad, consideraciones políticas, dentro de un proceso democrático que conducen a la elaboración de las normas y a perfilarlas y modelarlas de una determinada manera, que corresponden a las diversas opciones político-democráticas legítimas posibles de plantearse dentro del Congreso. Esto último es muy relevante, porque para que sean legítimas estas diversas opciones político-democráticas es necesario que todas respeten, protejan y garanticen los estándares mínimos de derechos humanos. Ya se ha dicho, el desarrollo sostenible es una cuestión directamente relacionada con los derechos humanos.

La técnica legislativa, referida al proceso de elaboración de normas, alude a una serie de reglas y opciones de procedimiento que determinan el proceso de elaboración, las diversas etapas del proceso de formación y redacción, en su tiempo y en su forma<sup>34</sup>.

En consecuencia, intentaremos esbozar una breve respuesta a la pregunta acerca de cuál es el rol que ha jugado el desarrollo sostenible en la política legislativa y, concretamente, en la elaboración de las normas por parte del Congreso y del Gobierno.

Así, por ejemplo, se encuentran dentro de las políticas públicas el interés en prohibir el uso de las bolsas de plástico, o bien, la protección de las reservas marinas y las campañas para aumentar el reciclaje en la sociedad nacional. Por ejemplo, en materia de áreas marinas protegidas, en Isla de Pascua, “tras una inédita consulta indígena, 642 rapanui votaron este domingo a favor de la creación del área – que será la más grande de Chile, una vez que se firme el decreto de creación –, para compartir la administración con el Estado (seis representantes rapanui y cinco del Estado) y donde la pesca que se realice en la zona sea solo “con artes y aparejos artesanales del pueblo rapanui”<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> “[P]odríamos definir la Técnica Legislativa como el arte y la destreza necesarias para llegar a una correcta y eficaz elaboración de la ley. Por lo tanto, la Técnica Legislativa se conforma por los procedimientos, formulaciones, reglas, estilos ordenados y sistematizados, que tratan a la ley durante su proceso”. GROSSO, Beatriz Marina y SVETAZ, María Alejandra: *Técnica legislativa: Marco teórico*. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/a13086.pdf>> [Visitado el 12/12/2017]

<sup>35</sup> “Al finalizar este gobierno, el territorio marino protegido en Chile alcanzará cerca de 1.600.000 km<sup>2</sup>, casi tres veces lo que estaba protegido a principio de año (463.000 km<sup>2</sup>), ubicándose como uno de

Por otro lado, un paso adelante, en este sentido, es la Declaración de más de 100 Ministros del Medio Ambiente del mundo, reunidos en Nairobi el 7 de diciembre de 2017, en la Asamblea del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEA-3), donde uno de los objetivos expresados en la Declaración es avanzar juntos “hacia una contaminación cero”<sup>36</sup>. Precisamente en este contexto, con esta fecha, Chile se unió a la campaña de Naciones Unidas “Limpiar los Océanos”<sup>37</sup>.

## 2.1 EL CASO DE LA LEY DE GLACIARES

El Proyecto que se inició por moción parlamentaria que establece una Ley de protección y preservación de Glaciares que indica, sus ambientes glaciares y periglaciares y regula y prohíbe las actividades que puedan realizarse en ellos, si bien no hace una alusión directa al principio de desarrollo sostenible, se puede extraer de su fundamentación, todos los elementos propios de este principio. El principio del desarrollo sostenible está omnipresente en la fundamentación para la conservación de los glaciares, cuando señala que “es evidente la necesidad de generar un reconocimiento jurídico de los mismos, que los defina y les dé protección estatal, que restrinja los usos y que contemple medidas para resguardarlos ante las amenazas inmediatas, directas e indirectas, que enfrentan.”

Así, la moción comienza sus ideas matrices diciendo que “[s]ilenciosos, ignorados y amenazados, los glaciares, en general, así como los ambientes que permiten su desarrollo, proveen de diversos beneficios ecosistémicos, entre los que destacan su rol en el ciclo hidrobiológico de las aguas; la regulación del clima; valor paisajístico y; el ser la única fuente de recarga de agua de los ríos en

---

los cinco países con más áreas marinas bajo algún tipo de protección en el planeta.” ESPINOZA, Cristina: “Isla de Pascua tendrá el área marina protegida más grande de Chile”, en *La Tercera*, 4 de septiembre de 2017. Disponible en: <<http://www.latercera.com/noticia/isla-pascua-tendra-area-marina-prottegida-mas-grande-chile/>> [Visitado el 12/12/2017]

<sup>36</sup> EFE: “Compromiso global en pro de un planeta libre de contaminación”, en *El Mostrador*, 7 de diciembre de 2017. Disponible en: <<http://www.elmostrador.cl/agenda-pais/2017/12/07/compromiso-mundial-en-pro-de-un-planeta-libre-de-contaminacion/>> [Visitado el 7/12/2017]

<sup>37</sup> “Chile, junto con Sudáfrica, Omán y Sri Lanka se unieron a la campaña “Limpiar los océanos” de Naciones Unidas, contra la basura marina y la contaminación oceánica, en el marco de su Asamblea de Medio Ambiente UNEA-3, que terminó ayer en Nairobi.” “Chile se compromete con la limpieza del mar”, en *Economía y Negocios Online*, jueves 7 de diciembre de 2017. Disponible en: <<http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=423779>> [Visitado el 78/12/2017]

períodos de sequía, posibilitando su existencia en época estival, entre muchos otros [...].”

Luego, la moción parlamentaria señala sus ideas matrices, y justamente, el punto de partida es el derecho fundamental a vivir en un medio libre de contaminación, el cual se nutre tanto del derecho interno, como del derecho internacional. Así, la moción, “en lo jurídico-constitucional busca desarrollar, en la ley, el mandato constitucional consagrado en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República; esto es: “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”. A su vez, consideramos que dicha garantía se encuentra indisolublemente ligada a otros derechos y valores también consagrados en nuestra Constitución, como son el derecho a la vida, a la salud, la conservación del patrimonio ambiental y la promoción del bien común. Por su parte, la Convención Para La Protección de la Flora y Fauna y Las Bellezas Escénicas de América, (Convención de Washington), la cual debe considerarse como ley en Chile al ser suscrita y ratificada y estar publicada en el Diario Oficial en 1967, mediante Decreto Supremo N° 531, del Ministerio de Relaciones Exteriores, tiene por objeto proteger a todas las especies de la flora y fauna de América de la extinción, y preservar áreas de extraordinaria belleza, con énfasis en formaciones geológicas o con valor estético, histórico o científico.”

Por último, esta moción indica que todo el proyecto se encuentra atravesado por el principio preventivo, tan propio del derecho ambiental moderno, afirmando que “[d]icho principio pretende evitar o reducir efectos negativos de carácter significativo sobre el entorno, ya sean justificados jurídicamente, o derechamente antijurídicos. Este principio opera preferentemente frente a riesgos conocidos y respecto de los cuales exista una aceptable certidumbre científica”<sup>38</sup>.

En la discusión parlamentaria, resulta interesante resaltar cómo, de una manera u otra, quizás con diferentes enfoques, el desarrollo sostenible ha estado en la reflexión de los principales actores:

---

<sup>38</sup> Moción parlamentaria que establece una Ley de protección y preservación de Glaciares que indica, sus ambientes glaciares y periglaciares y regula y prohíbe las actividades que puedan realizarse en ellos. Boletín N° 9364-12, 20 de mayo de 2014.

En la moción parlamentaria de 16 de mayo de 2006, relativa a Proyecto de ley sobre protección de glaciares, se ha recurrido al concepto en los siguientes términos: El glaciólogo señor Cedimir Marangunic “indicó que Chile suscribió la Convención sobre los Humedales, firmada en Ramsar, en el año 1971, en la cual se reconoce como una especie de humedal a los humedales alpinos o de montaña, que se originan a partir del deshielo de nieve. Añadió que en la 9ª Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes en la Convención de los Humedales, realizada en el año 2005, se elaboró un documento sobre “Estrategia Regional de Conservación y Uso Sustentable de los Humedales Altoandinos”, también suscrito y aprobado por Chile. En este documento, comentó que se incluyen expresamente a los glaciares como un tipo de humedal, por ser considerados como fuentes de agua”<sup>39</sup>.

Por su lado, el Presidente de la Comisión Ambiental de la Sociedad Nacional de Minería, señor Lorenzo Menéndez, acotó que “la prohibición absoluta de afectar a los glaciares restringiría severamente la actividad minera en la alta cordillera a lo largo de todo el país. Agregó que los glaciares son otro activo ambiental más y su intervención debe permitirse y regularse de acuerdo al concepto de Desarrollo Sustentable”<sup>40</sup>.

En la moción parlamentaria de 20 de mayo de 2014, en primer lugar, el Profesor de Derecho Ambiental y Magister de la Universidad de Sussex, don Juan Manuel Fernández “consideró que el proyecto de ley aplica los conceptos medioambientales de “efectos sinérgicos”, “aplicación de las mejores técnicas disponibles” (destacando que en este caso los grupos afectados -minería, geotermia, turismo de nicho y ciencia de excelencia - tienen los recursos para acceder a estas mejores técnicas disponibles), “atenuación del cambio climático” y “desarrollo sustentable”<sup>41</sup>.

Luego, el Gerente General del Consejo Minero, don Carlos Urenda, “[e]xpresó que la sustentabilidad implica un equilibrio entre la adecuada protección de los glaciares y el necesario desarrollo económico. En este sentido, le parece que ambos son objetivos compatibles, y que en todos los activos

---

<sup>39</sup> Moción proyecto de ley sobre valoración y protección de los glaciares. Boletín N° 4205-12, de 16 de mayo de 2006, p. 11.

<sup>40</sup> Moción proyecto de ley sobre valoración y protección de los glaciares. Boletín N° 4205-12, de 16 de mayo de 2006, p. 28.

<sup>41</sup> Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales recaído en el Proyecto de ley que establece Ley de protección y preservación de glaciares. Boletín N° 9364-12, 18 de mayo de 2016, p. 22.

ambientales que posee el país se deberían buscar estos objetivos, en base a la aplicación de reglas generales. Además, señaló que debe existir coherencia entre la protección de los glaciares, las normas actuales y futuras sobre Biodiversidad y Áreas Protegidas<sup>42</sup>. Y, más adelante, “[c]oincidió con los diputados en que es necesario alcanzar un desarrollo sustentable, pero advirtió que dicho concepto incluye tres pilares: el medioambiental, el económico y el social, por lo que debe buscarse un justo equilibrio entre los mismos”<sup>43</sup>.

A continuación, por ejemplo, la Profesora de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile y Gerente Legal de Gescam, doña Valentina Durán, “[c]onsultada por los diputados, la señora Valentina Durán señaló que sí es posible desarrollar una minería sustentable y debe buscarse esa forma de desarrollar la minería, compatibilizando la extracción del mineral con el respeto del medio ambiente. Sobre la actividad geotérmica, consideró que cabría en las hipótesis de prohibición y estimó que así debe interpretarse, ya que la moción no debería transformarse en una barrera para el desarrollo de ERNC”<sup>44</sup>.

También se puede mencionar al Presidente Ejecutivo del Consejo Minero, don Joaquín Villarino, “señaló que, actualmente, un alto porcentaje de los glaciares se encuentra en zonas protegidas y que en este contexto es necesario buscar el justo equilibrio entre la protección de activos medioambientales, como son los glaciares, y el desarrollo económico del país. Insistió que la sustentabilidad implica este necesario equilibrio”<sup>45</sup>. Y más adelante, indica que “[e]l Presidente Ejecutivo del Consejo Minero, dando respuesta a consultas, señaló que existe la sensación de que la minería se opondría a la protección de los glaciares, frente a lo cual fue tajante en declarar que la minería no se opone a la protección de activos medioambientales, incluidos los glaciares. La posición del Consejo es optar por un equilibrio entre protección al medio ambiente y desarrollo económico, para lograr un desarrollo sustentable”<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales recaído en el Proyecto de ley que establece Ley de protección y preservación de glaciares. Boletín N° 9364-12, 18 de mayo de 2016, p. 23.

<sup>43</sup> Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales recaído en el Proyecto de ley que establece Ley de protección y preservación de glaciares. Boletín N° 9364-12, 18 de mayo de 2016, p. 27.

<sup>44</sup> Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales recaído en el Proyecto de ley que establece Ley de protección y preservación de glaciares. Boletín N° 9364-12, 18 de mayo de 2016, p. 30.

<sup>45</sup> Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales recaído en el Proyecto de ley que establece Ley de protección y preservación de glaciares. Boletín N° 9364-12, 18 de mayo de 2016, p. 47.

<sup>46</sup> Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales recaído en el Proyecto de ley que establece Ley de protección y preservación de glaciares. Boletín N° 9364-12, 18 de mayo de 2016, p. 51.

Por último, es importante tener presente que respecto de la mención a los glaciares que hace el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Presidente de la Fiscalía del Medio Ambiente, FIMA, don Fernando Dognac, señaló que dicho reglamento va más allá de lo que la ley autoriza, pues permite la ejecución de obras que alteren glaciares, en circunstancias que la Ley N° 20.147 no los desafecta de su calidad de bienes nacionales de uso público (en virtud del artículo 595 del Código Civil). Es por ello que estimó que el reglamento adolece de ilegalidad – al darle a la Ley N° 20.147 un alcance que no tiene – y de inconstitucionalidad – por contravenir los N° 23 y 24 del artículo 19 de la Constitución, sobre bienes nacionales de uso público –<sup>47</sup>.

## **2.2 CREACIÓN DE SERVICIO DE BIODIVERSIDAD Y ÁREAS PROTEGIDAS**

El 18 de junio de 2014, la Presidenta de la República envió un Mensaje al Congreso donde proponía un proyecto de ley a través del cual se crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Dentro de los fundamentos de esta iniciativa se encuentra el desarrollo sostenible. Se podría decir que esta es una norma de nueva generación, donde el principio de desarrollo sostenible la atraviesa de principio a fin, comenzando en su objeto, los planes de manejo, hasta comprender el fin del Fondo Nacional de la Biodiversidad.

En efecto, el mensaje señala que “el envío de un nuevo proyecto de ley, no sólo constituye el cumplimiento de un compromiso de nuestro gobierno, sino también, el término de la labor que comenzamos en nuestro primer mandato el año 2006, en orden a crear la última institución pública que compone el rediseño de nuestra institucionalidad ambiental considerada en la Ley N° 20.417, procurando que la tarea productiva del país, indispensable para nuestro crecimiento, se desarrolle respetando nuestra diversidad biológica. Así, el justo equilibrio para el desarrollo sostenible del país, es también un desafío a conjugar responsablemente en lo que será el valioso debate parlamentario”<sup>48</sup>. Además, el proyecto, en su artículo 1º, señala que la ley tiene por objeto “la conservación de la diversidad biológica del país, a través de la preservación, restauración y

<sup>47</sup> Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales recaído en el Proyecto de ley que establece Ley de protección y preservación de glaciares. Boletín N° 9364-12, 18 de mayo de 2016, p. 19.

<sup>48</sup> Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Boletín N° 9404-12, de 18 de junio de 2014, p. 6.

uso sustentable de las especies y ecosistemas, con énfasis en aquellos de alto valor ambiental o que, por su condición de amenaza o degradación, requieren de medidas para su conservación”<sup>49</sup>.

Pero, más importante aún, el mismo proyecto propuesto por el ejecutivo incorpora dentro de su texto, en Título I, artículo 2º, el principio de sustentabilidad. En efecto, el proyecto señala en este artículo, lo siguiente:

“Artículo 2º. Principios. Las políticas, planes, programas, normas y acciones que se realicen en el marco de la presente ley, se regirán por los siguientes principios: [...]

g) Principio de sustentabilidad: El cumplimiento del objeto de esta ley, exige una gestión integrada de los instrumentos de conservación de la biodiversidad, promoviendo un uso sostenible y equitativo de los ecosistemas y especies, para el bienestar de las generaciones presentes y futuras.”<sup>50</sup>

Y, más adelante, a propósito de los planes de manejo, se vuelve a contemplar el desarrollo sostenible, de la siguiente manera:

“Artículo 30. Características de un plan de manejo. Los planes de manejo de áreas protegidas deberán reunir las siguientes características: [...]

Los planes de manejo podrán dividirse en varios programas o planes de acción que traten funciones específicas: conservación, uso sostenible, investigación científica, monitoreo, educación, recreación, ecoturismo, aspectos regulatorios, administración y coordinación.”<sup>51</sup>

Durante la tramitación legislativa, la abogada del Ministerio del Medio Ambiente, señorita Lorna Püschel, distingue entre el concepto de preservación

<sup>49</sup> Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Boletín N° 9404-12, de 18 de junio de 2014, p. 28.

<sup>50</sup> Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Boletín N° 9404-12, de 18 de junio de 2014, p. 29.

<sup>51</sup> Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Boletín N° 9404-12, de 18 de junio de 2014, p. 42.



y conservación, en relación con la noción de uso sustentable. Así, indicó que “el Convenio de Washington prohíbe la explotación comercial en parques nacionales, porque el instrumento internacional reconoce a dicha categoría de protección un fin de preservación, es decir, el objetivo es mantener intacto los atributos naturales del área protegida. A diferencia de la conservación, que permite un uso sustentable de los recursos naturales, concepto que se aplica a otras categorías de protección”<sup>52</sup>.

Asimismo, en el debate parlamentario, el Ministro de Agricultura, señor Carlos Furche, “antes de responder las consultas de los Honorables Senadores, se refirió al debate suscitado por la aplicación del Convenio N° 169 de la OIT, reiterando la idea de avanzar hacia un desarrollo agropecuario y silvícola más sustentable social, económico y ambientalmente, aspecto que exige articular un trabajo recíproco entre los ministerios del Medio Ambiente y de Agricultura”<sup>53</sup>.

Por su lado, la Presidenta de Así Conserva Chile A.G., señora Mariela Núñez, refiriéndose a la definición de sustentabilidad señaló que “supone el uso de recursos naturales para satisfacer las necesidades de la sociedad sin comprometer la provisión para futuras generaciones, considerando los tres pilares fundamentales del desarrollo sustentable: el componente social, el componente económico y la conservación de la biodiversidad, cada uno en su justa medida”<sup>54</sup>.

El representante de Biodiversidad y Desarrollo, el biólogo señor Eduardo Fuentes, expuso, entre otras cosas, acerca del cambio de paradigma a propósito de la conservación y el uso sustentable. En efecto, indicó que el proyecto incorpora un “un cambio de paradigma, dado que antiguamente, siguiendo la Convención de Washington, la conservación consideraba crear cierto número

---

<sup>52</sup> Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, iniciado en Mensaje de S.E. el Presidente de la República, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Boletín N° 9.404-12, 6 de enero de 2015, p. 33.

<sup>53</sup> Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, iniciado en Mensaje de S.E. el Presidente de la República, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Boletín N° 9.404-12, 6 de enero de 2015, p. 45.

<sup>54</sup> Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, iniciado en Mensaje de S.E. el Presidente de la República, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Boletín N° 9.404-12, 6 de enero de 2015, p. 55.

de áreas protegidas sin importar el resto del territorio nacional. El punto crucial era instalar muchos parques nacionales de enormes extensiones, bien seleccionados, que constituían muestras discretas del continuo existencial. Tal paradigma generó una polémica taxonómica por la incapacidad del área protegida de ser sustentable, luego que varias especies emigraban del parque al funcionar como islas alrededor de centros urbanos. El modelo actual, que sigue a la Convención sobre la Diversidad Biológica, es el desarrollo sustentable por medio de usos sostenibles variados con restauración de sitios. Al suscribir y ratificar Chile dicho Convenio asumió un compromiso internacional para un cambio de estilo de vida, que puede permitir al país acceder a mercados verdes o al desarrollo de una industria de ecoturismo. Si la sociedad nacional lograra adaptarse al nuevo paradigma descrito, afirmó, las consecuencias favorables serían infinitas, ya que los variados usos originarían un mosaico espacial de biodiversidad, cuyos componentes del paisaje o teselas serían cambiantes de acuerdo a las condiciones locales y voluntades de los adscritos. Hoy se reconoce que la diversidad biológica cumple roles diferentes según cada tesela: preservación (lugar intocado), conservación (lugar con uso sostenible), cercos, corredores o zonas de amortiguación. Así, mencionó, se pueden apreciar ejemplos de teselas de uso sostenible, como un parque nacional, donde se busca proteger la biodiversidad natural, la estructura ecológica subyacente y los procesos ambientales basales, así como promover la educación y algunos usos recreativos; los parques pueden revestir un carácter público o privado. O las áreas de manejo de hábitats o especies, que también pueden ser de propiedad pública o privada. Y finalmente, los paisajes de conservación, donde el objetivo perseguido es gestionar la implementación de una estrategia consensuada y efectiva de conservación, restauración y desarrollo, a través de acuerdos de adhesión voluntaria de actores locales; en este caso sólo de carácter privado. En Chile, señaló, se han logrado iniciativas de este tipo en la comuna de Alhué y Lago Rupanco<sup>55</sup>.

Desde un punto de vista más crítico respecto del proyecto, la Directora del Programa Chile Sustentable, señora Sara Larraín, expuso, a propósito del sistema nacional de áreas protegidas, “que no se presenta como un sistema integrado,

---

<sup>55</sup> Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, iniciado en Mensaje de S.E. el Presidente de la República, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Boletín N° 9.404-12, 6 de enero de 2015, p. 67.

pues se debiera reconocer como prioritarios todos los sitios identificados por los convenios internacionales, ratificados por Chile, porque la mención a los sitios prioritarios es débil y no se advierte la presencia de la concepción de corredores biológicos. El sistema tampoco asegura un mecanismo de financiamiento; las definiciones usadas son ambiguas en aspectos claves como preservación, conservación, uso sustentable, recuperación o restauración; y no asegura la protección de las áreas protegidas frente a proyectos mineros o energéticos, en contravención a la Convención de Washington”<sup>56</sup>.

Además, el representante del Instituto de Ecología y Biodiversidad (IEB Chile), Doctor Pablo Marquet, “valoró el actual proyecto de ley, en especial, porque asume el desafío de resguardar el patrimonio natural de Chile, fundamental para el desarrollo económico y social de futuras generaciones. Destacó igualmente, el enfoque legislativo tanto en la biodiversidad como en los servicios ecosistémicos; la creación de un servicio público a cargo de su protección; la generación de nuevos mecanismos de financiamiento para la conservación, como el banco de conservación y el Fondo Nacional de la Biodiversidad; y el establecimiento de un nuevo sistema nacional de áreas protegidas, que incluye áreas privadas de conservación. Sin perjuicio de lo anterior, puso énfasis en la necesidad de expandir la visión de conservación más allá de la existencia de áreas protegidas, con una mirada global sobre el territorio patrio que permita compatibilizar actividades económicas y conservacionistas, en pos de la gran meta nacional: el desarrollo sustentable de Chile”<sup>57</sup>.

Por último, el Presidente Ejecutivo del Consejo Minero, señor Joaquín Villarino, expuso que la protección de la biodiversidad y el medio ambiente es importante para el desarrollo de actividades productivas, formando parte de las bases de la minería moderna, como se observa en los principios de desarrollo sustentable definidos por el propio Consejo Minero, que exhorta a las empresas asociadas a integrar el desarrollo sustentable como un pilar fundamental en la definición e implementación de políticas y prácticas de cada empresa, tanto en

---

<sup>56</sup> Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, iniciado en Mensaje de S.E. el Presidente de la República, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Boletín N° 9.404-12, 6 de enero de 2015, p. 79.

<sup>57</sup> Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, iniciado en Mensaje de S.E. el Presidente de la República, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Boletín N° 9.404-12, 6 de enero de 2015, p. 95.

relación al proceso productivo como al entorno en que se desempeñan, como también a minimizar el impacto ambiental de las operaciones, desde la etapa de exploración hasta la de cierre”<sup>58</sup>.

Aparte de lo anterior, sin duda, en el debate en el que se aprobó en general el proyecto, estuvo presente, al menos, el uso de la noción de uso sustentable. Así, el Senador Patricio Walker indicó que la “iniciativa tiene por objetivo la conservación de la diversidad biológica del país, a través de la preservación, restauración y uso sustentable de las especies y ecosistemas, con énfasis en aquellos de alto valor ambiental o que, por su condición de amenaza o degradación, requieren medidas para su conservación.” Además, el Senador Quinteros afirmó que “la conservación de nuestra biodiversidad constituye un imperativo ético, por cuanto encarna valores tan preciados como la protección de la vida y la salud de las personas y es expresión de la solidaridad con el género humano y con la propia naturaleza. La conservación, como se encarga de desarrollar el proyecto, implica la preservación, la restauración y el uso sustentable de los recursos. En todos estos planos se detectan deficiencias en la acción del Estado y del sector privado. En especial, hoy resulta clave emprender acciones de restauración, atendida la situación de vastos territorios degradados y especies de flora y fauna con grave daño.” Por su lado, el Senador Guillier aseveró que “quiero creer que el presente proyecto responde a la convicción de que es necesario contar con un servicio público que lidere la gestión para la conservación de la biodiversidad mediante instrumentos idóneos, con el fin de prevenir el deterioro y promover la preservación, la restauración y el uso sustentable de genes, especies y ecosistemas de extraordinaria diversidad en todo el territorio nacional. Por lo mismo, se precisa un organismo con gran capacidad de planificación para cautelar un territorio diverso y muy rico. Eso lo entendemos como una contribución para el desarrollo sustentable.” Por su parte, Ignacio Walker señaló que este “proyecto se gestó y se ha trabajado durante muchos años en torno a una idea matriz, a una idea central. Y si el texto no es suficientemente elocuente, creo que la sólida exposición que le escuchamos al Ministro del Medio Ambiente termina por aclarar muchas de las dudas que aquí se han planteado legítimamente. A mi juicio, se justifica plenamente una iniciativa

---

<sup>58</sup> Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, iniciado en Mensaje de S.E. el Presidente de la República, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Boletín N° 9.404-12, 6 de enero de 2015, p. 130.

que se ocupa de la biodiversidad biológica del territorio nacional, esto es, dentro y fuera de las áreas protegidas, cuidando las especies y los ecosistemas; que crea un Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, que incluye ciertamente la administración del Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Entonces, una idea central, una idea matriz en términos de desarrollo más armónico, sustentable, equilibrado, con sentido futuro se justifica totalmente.”

### 2.3 EL CASO DE LA LEY DE PESCA

Asimismo, un grupo de Diputados presentó una propuesta para derogar el inciso 3 y 4 del artículo 47 de la Ley General de Pesca, fundamentado, principalmente, en la idea de la explotación racional de los recursos naturales y del desarrollo sostenible. En efecto, señala el proyecto que el artículo “Artículo 47 de la Ley de Pesca indica que se reserva a la pesca artesanal el ejercicio de las actividades pesqueras extractivas en una franja del mar territorial de cinco millas marinas medidas desde las líneas de base normales, a partir del límite norte de la República y hasta el paralelo 41 °28,6’ de latitud sur, y alrededor de las islas oceánicas.” Agregando a renglón seguido, que esta reserva se extiende también a las “aguas interiores” del país. Sin embargo, en los incisos tercero y cuarto, de la norma citada, se faculta a la autoridad para permitir “el desarrollo de actividades extractivas a naves industriales, cuando en una o más zonas específicas dentro del área de reserva no se realice pesca artesanal o si la hubiere, sea posible el desarrollo de actividades extractivas por naves industriales que no interfieran con la actividad artesanal”<sup>59</sup>.

Por su parte, los Diputados señalan que “uno de los instrumentos para asegurar la viabilidad económica de la pesca artesanal y la sustentabilidad ambiental de la pesca en general ha sido la asignación por parte del legislador de una zona exclusividad de pesca artesanal, ubicada a lo largo de casi todo el territorio nacional, y que se abarca una extensión de 5 millas marinas contadas de las costa.” Luego señalan que la excepción a la reserva pesquera del artículo 47, “a nuestro juicio no tiene fundamento alguno, salvo el puro interés de lucro por parte de los operadores industriales. Es absurdo generar un instrumento de fomento de la pesca artesanal y al mismo tiempo abrir un forado en la franja de exclusividad pesquera artesanal. Si volvemos al origen de la reserva

<sup>59</sup> Modifica el artículo 47 de la ley General de Pesca y Acuicultura, para asegurar la exclusividad de aprovechamiento de la pesca artesanal en la franja de 5 millas marinas. Boletín N° 5437 21, 30 de octubre de 2007, p. 1.

a favor de la pesca artesanal, debemos concordar que su fundamento se haya en el convencimiento que por la naturaleza de las artes de pesca, por el impacto medioambiental de la acción extractiva industrial y por la injusticia que supone la competencia en un mismo territorio que se produce entre agentes que tienen capacidades incomparables de extracción de recursos, se impida la concurrencia de dos formas tan disímiles de extracción pesquera sobre un mismo territorio marino”<sup>60</sup>. Nosotros desprendemos de estos fundamentos que se encuentran a la base para la presentación del proyecto de ley, la noción de desarrollo sostenible.

## 2.4 EL CASO DE LA CONVENCION INTERAMERICANA PARA LA PROTECCION Y CONSERVACION DE LAS TORTUGAS MARINAS

El 6 de agosto de 2010, se publicó en el Diario Oficial chileno la Convención Interamericana para la Protección y Conservación de las Tortugas Marinas<sup>61</sup>. Esta Convención en sí misma y los motivos inspiradores para su aprobación por el Congreso Nacional, se pueden encontrar en el principio de desarrollo sostenible.

El Mensaje de la Presidenta de la República de 4 de marzo de 2009, señala, describiendo el Preámbulo de este Tratado Internacional, que “[l]as Partes, inspiradas en los principios contenidos en la Declaración de Río de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, entre otros instrumentos internacionales, entendiendo que los datos científicos más fidedignos disponibles sobre diversas especies de tortugas marinas en el continente americano demuestran que éstas se encontraban amenazadas o en peligro, incluso bajo serios riesgos de una inminente extinción, y reconociendo, además, que estos animales están sujetos a captura, daño o mortalidad como consecuencia directa o indirecta de actividades humanas, estimaron del caso establecer, a través de la Convención, las medidas apropiadas para la protección y conservación de las especies de tortugas marinas y de sus hábitats a lo largo de su área de distribución en el continente americano”<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> Modifica el artículo 47 de la ley General de Pesca y Acuicultura, para asegurar la exclusividad de aprovechamiento de la pesca artesanal en la franja de 5 millas marinas. Boletín N° 5437 21, 30 de octubre de 2007, p. 1.

<sup>61</sup> Promulga la Convención Interamericana para la protección y conservación de las tortugas marinas. D.S. N° 114, de 7 de abril de 2010, publicada en el Diario Oficial el 06 agosto de 2010.

<sup>62</sup> Aprueba la Convención Interamericana para la Protección y Conservación de las Tortugas Marinas, y sus Anexos. Boletín N° 6394-10, de 4 de marzo de 2009. Mensaje, p. 2.

Luego, en los Informes de la tramitación parlamentaria se señala una serie de normas fundantes de la iniciativa, todas las cuales han contado con práctica positiva del Estado de Chile en el sentido de respaldarlas, las cuales, proyectan en su esencia, el desarrollo sostenible. En efecto, el Informe indica que “Conforme las declaraciones que los Estados Partes formulan en el preámbulo de la Convención en trámite de aprobación parlamentaria, ella se funda en el reconocimiento de derechos y deberes de los Estados establecidos en el derecho internacional, tal como se reflejan en instrumentos que han contado con la activa participación de Chile, tales como:

- La Convención de las Naciones sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR), del 10 de diciembre de 1982, con respecto a la conservación y ordenación de los recursos marinos vivos;
- La Declaración de Río, de 1992, sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo;
- El Código de Conducta para la Pesca Responsable, adoptado por la Conferencia de la FAO, en su sesión de 1995, y
- El Programa 21 de la Conferencia de la ONU sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que reconoce la necesidad de proteger y recuperar las especies marinas en peligro y conservar sus hábitats.”<sup>63</sup> Y, en seguida, agrega, que la Convención “se funda, además, en datos científicos fidedignos que señalan que especies de tortugas marinas en el continente americano se encuentran amenazadas o en peligro y en riesgo inminente de extinción; como consecuencia de su captura, daño o mortalidad por actividades humanas, que deben ser ordenadas en la zona costera para proteger las poblaciones de tortugas marinas y sus hábitats en el continente americano”<sup>64</sup>.

## REFLEXIONES FINALES

De acuerdo con lo que se ha expuesto, pensamos que el desarrollo sostenible encuentra su fuente en el derecho internacional, en diversas fuentes de las indicadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

---

<sup>63</sup> Boletín N° 6394-10. Informe sobre Proyecto de Acuerdo que aprueba la Convención Interamericana para la Protección y Conservación de las Tortugas Marinas y sus anexos, adoptados en Caracas, Venezuela, el 1 de diciembre de 1996, p. 2.

<sup>64</sup> Boletín N° 6394-10. Informe sobre Proyecto de Acuerdo que aprueba la Convención Interamericana para la Protección y Conservación de las Tortugas Marinas y sus anexos, adoptados en Caracas, Venezuela, el 1 de diciembre de 1996, p. 2.

Desde luego, tiene el carácter de principio como fuente del derecho. Además, se ha dado cuenta de la práctica del Estado que utiliza el desarrollo sostenible como fundamento y justificación jurídica de dicha práctica. Asimismo, es necesario considerar el valor jurídico de las normas de *softlaw*, muchas de cuyas normas en el derecho internacional justifican el desarrollo sostenible.

El uso de la noción de desarrollo sostenible en la práctica legislativa del Estado es un buen augurio, aun cuando no nos indica mucho acerca de la mayor pertinencia y mérito de la norma que se encuentra en formación o que ha sido aprobada por el Congreso, dejando a salvo el caso de los tratados internacionales, cuyo contenido no puede ser modificado por el órgano legislativo por mandato del artículo 54 N° 1 de la Constitución.

En efecto, si tomamos como ejemplo el proyecto de ley de glaciares, hemos observado que el desarrollo sostenible ha formado parte del debate parlamentario, pero, en definitiva, el contenido y la regulación que va adquiriendo el proyecto, ha sido muy criticado, y se corre el riesgo de obtener un resultado, justamente contrario al principio del desarrollo sostenible.

Con todo, analizando las cosas desde el punto de vista positivo, la buena noticia es que, al menos en los casos analizados, relacionados con el medio ambiente, en la actividad legislativa, y por parte de los legisladores, el principio de desarrollo sostenible, se encuentra presente en la reflexión legislativa. Ya sea porque lo usan como eslogan o porque lo han internalizado en su actividad política, al menos es rescatable, que el concepto se encuentre presente.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

### LIBROS Y ARTÍCULOS DE REVISTAS

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2016). “Las deficiencias de la fórmula ‘derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación’ en la Constitución chilena y algunas propuestas para su revisión”, en *Estudios Constitucionales*, Año 14, N° 2, (pp. 365-416).

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2017). “Las fuentes y el alcance del derecho al desarrollo y su indivisibilidad con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 23, N° 1, (pp. 465-508).

ANNAN, Kofi A. (2000): “Los derechos humanos y la intervención en el Siglo XXI”, en *PNUD: Informe sobre Desarrollo Humano 2000*. Madrid, Ediciones Mundi-Prensa.



DASMANN, Raymond F. (1985). "Achieving the sustainable use of species and ecosystems", in *Landscape Planning*, Vol. 12, Issue 3, (pp. 211-219).

FERRARI, Sylvie (2010) "Éthique environnementale et développement durable: Réflexions sur le Principe Responsabilité de Hans Jonas", in *Développement durable et territoires*, Vol. 1, n° 3, (pp. 1-13).

GROS ESPIELL, Héctor (1987) "Reflexiones en torno a la protección internacional de los derechos humanos en el ámbito regional americano", en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, n° 1, pp. 165-186).

HAUBERT, Maxime (1980): "Stratégies du développement", in *Revue Tiers Monde*, T. XXI, N° 83.

JIMÉNEZ HERRERO, Luis (1989). Medio ambiente y desarrollo alternativo. Iepala, Madrid 1989.

TAMAMES, Ramón (1991) "Modelo de desarrollo sostenible", en *Gafo*, Javier (Ed.): Ética y ecología. Madrid: UPCO, (pp. 143-150)

TAMAYO, Manuel (1997). "El análisis de las políticas públicas", en Bañon, Rafael y Carrillo, Ernesto (compiladores): *La Nueva Administración Pública*. Alianza Editorial, Madrid 1997.

## PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS

"Chile se compromete con la limpieza del mar", en *Economía y Negocios Online*, jueves 7 de diciembre de 2017. Disponible en: <<http://www.economaiynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=423779>> [Visitado el 08/12/2017]

Clase Magistral de S.E. la Presidenta de la República, Michelle Bachelet Jeria, en el marco de la Conmemoración de los 70 años de la Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos Chile. Santiago, 10 de abril de 2017. Disponible en: <<https://www.anepe.cl/wp-content/uploads/CLASE-MAGISTRAL-TRANSCRIPCION.pdf>> [Visitado el 17/5/2017]

Conferencia de S.E. la Presidenta de la República, Michelle Bachelet Jeria, en la Academia Diplomática de Chile "Andrés Bello", sobre el significado del concepto de "convergencia en la diversidad" en la política internacional. Santiago, 29 de agosto de 2016. Disponible en: <<https://prensa.presidencia.cl/discurso.aspx?id=39147>> [Visitado el 17/5/2017]

DIEMER, Arnaud (2012). "Développement durable plutôt qu'écodéveloppement: le nouveau gadget idéologique de l'occident?", in *Colloque francophone, «Les représentations Nord Sud du développement durable»*, Université Blaise Pascal – IUFM Auvergne. Disponible en: <<http://www.oeconomia.net/private/colloquerepresentationsNS/diemer-dd-dec2012.pdf>> [Visitado el 17/5/2017]

DOMÍNGUEZ, Francisca (2017). “Santa Olga, la historia del pueblo de la comuna de Constitución que fue destruido por las llamas”, en Emol, 26 de Enero de 2017. Disponible en: <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2017/01/26/841943/Santa-Olga-la-localidad-forestal-que-desaparecio-con-el-incendio.html> [Visitado el 17/5/2017]

ESPINOZA, Cristina (2017). “Isla de Pascua tendrá el área marina protegida más grande de Chile”, en La Tercera, 4 de septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/isla-pascua-tendra-area-marina-protegida-mas-grande-chile/> [Visitado el 12/12/2017]

EFE: “Compromiso global en pro de un planeta libre de contaminación”, en El Mostrador, 7 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://www.elmostrador.cl/agenda-pais/2017/12/07/compromiso-mundial-en-pro-de-un-planeta-libre-de-contaminacion/> [Visitado el 7/12/2017]

GROSSO, Beatriz Marina y Svetaz, María Alejandra: Técnica legislativa: Marco teórico. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a13086.pdf> [Visitado el 12/12/2017]

“Incendio forestal en Santa Olga arrasó un número indeterminado de viviendas”, 26 de enero de 2017. Disponible en: <http://www.soychile.cl/Concepcion/Sociedad/2017/01/26/443280/Mas-de-1000-casas-destruyo-el-incendio-forestal-en-Santa-Olga-en-la-Region-del-Maule.aspx> [Visitado el 17/5/2017]

“Intendente Orrego y gerente de Aguas Andinas culpan al cambio climático por cortes de agua tras lluvias”, en El Ciudadano, 20 de abril de 2017. Disponible en: <http://www.elciudadano.cl/politica/intendente-orrego-y-gerente-de-aguas-andinas-culpan-al-cambio-climatico-por-cortes-de-agua-tras-lluvias/04/20/> [Visitado el 17/5/2017]

Mensaje Presidencial, 21 de mayo de 2016. Michelle Bachelet, Presidenta 2014-2018, p. 54. Disponible en: <http://21demayo.gob.cl/> [Visitado el 17/5/2017]

PRABHASH RANJAN, Anmolán y FARHEEN, Ahmad (2016). “Is the Supreme Court Confused About the Application of International Law?”. Disponible en: <https://thewire.in/53930/supreme-court-international-law/> [Visitado el 25/4/2017]

Programa de Gobierno de Michelle Bachelet 2014-2018, p 126. Disponible en: <http://michellebachelet.cl/programa/> [Visitado el 18/5/2017]

REED, Pablo (2017). “Lluvias en San José de Maipo generan segundo corte masivo de agua del año”, en Terram, 21 de Abril de 2017. Disponible en: <http://www.terram.cl/2017/04/lluvias-en-san-jose-de-maipo-generan-segundo-corte-masivo-de-agua-del-ano/> [Visitado el 17/5/2017]

RIECHMANN, Jorge. “Desarrollo sostenible: la lucha por la interpretación”. Disponible en: [https://sistemamid.com/panel/uploads/biblioteca/2014-09-30\\_10-56-06111186.pdf](https://sistemamid.com/panel/uploads/biblioteca/2014-09-30_10-56-06111186.pdf) [Visitado el 20/4/2017]

RONCAGLIOLO BENÍTEZ, José Ignacio (2017). “Las cuestiones de desarrollo también son cuestiones de derechos”, en *El Mostrador*, 8 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2017/12/08/las-cuestiones-de-desarrollo-tambien-son-cuestiones-de-derechos/> [Visitado el 8/12/2017]

## JURISPRUDENCIA

*Vellore Citizens' Welfare Forum v. Union of India* (1996): Supreme Court of India 28 august 1996.

## OTROS DOCUMENTOS

Bureau International du Travail: *Le Programme de développement durable à l'horizon 2030*. Doc. GB.325/INS/6, 14 octobre 2015.

CDH: *Informe del Relator Especial sobre el Derecho al Desarrollo, SaadAlfarargi*. Nota de la Secretaria. Doc. N.U. A/HRC/36/49, de 2 de agosto de 2017.

Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: “*Nuestro futuro común*”. Doc. N.U. A/42/427, de fecha 4 agosto de 1987.

Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Boletín N° 9404-12, de 18 de junio de 2014.

Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, iniciado en Mensaje de S.E. el Presidente de la República, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Boletín N° 9.404-12, 6 de enero de 2015.

Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales recaído en el Proyecto de ley que establece Ley de protección y preservación de glaciares. Boletín N° 9364-12, 18 de mayo de 2016.

Informe sobre Proyecto de Acuerdo que aprueba la Convención Interamericana para la Protección y Conservación de las Tortugas Marinas y sus anexos, adoptados en Caracas, Venezuela, el 1 de diciembre de 1996.

Moción parlamentaria que establece una Ley de protección y preservación de Glaciares que indica, sus ambientes glaciares y periglaciares y regula y prohíbe las actividades que puedan realizarse en ellos. Boletín N° 9364-12, 20 de mayo de 2014.

Moción proyecto de ley sobre valoración y protección de los glaciares. Boletín N° 4205-12, de 16 de mayo de 2006.

Modifica el artículo 47 de la ley General de Pesca y Acuicultura, para asegurar la exclusividad de aprovechamiento de la pesca artesanal en la franja de 5 millas marinas. Boletín N° 5437 21, 30 de octubre de 2007.

Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General: *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Doc. A/RES/70/1, de fecha 21 de octubre de 2015. Preámbulo.

## TRATADOS INTERNACIONALES

Aprueba la Convención Interamericana para la Protección y Conservación de las Tortugas Marinas, y sus Anexos. Boletín N° 6394-10, de 4 de marzo de 2009. Mensaje.

Promulga la Convención Interamericana para la protección y conservación de las tortugas marinas. D.S. N° 114, de 7 de abril de 2010, publicada en el Diario Oficial el 06 agosto de 2010.

Submissão em: 22.04.2019

Aceito em: 13.08.2019

Cota-Convite



# GLOBAL SAFETY PASSAPORT: UMA SOLUÇÃO (IM)POSSÍVEL?

## GLOBAL SAFETY PASSPORT: AN (IM)POSSIBLE SOLUTION?

**Inês Neves Avelãs Nunes<sup>1</sup>**

Investigadora em Direitos Humanos (*European Inter-University Center for Human Rights and Democratization*)

**ÁREA(S):** direito internacional público; direito dos refugiados e requerentes de asilo; direito da União Europeia.

**RESUMO:** Nos últimos anos, a discussão sobre as políticas migratórias tem dominado, em muitos países, o debate político. A concessão de asilo é considerada, por muitos, um perigo para a soberania e os valores tradicionais. O regime de proteção internacional de refugiados, tanto a nível internacional como regional, tem evoluído. Essa evolução tem sido, contudo, lenta e cautelosa, o que permite a manutenção de muitas fragilidades no sistema e a violação de diversos direitos daqueles que têm direito à proteção internacional. Nas Conferências de Estoril de Maio de 2017, foi apresentada a ideia de criar o

*global safety passport*, um documento internacional que substituiria os documentos nacionais de identificação, com a vantagem de permitir àqueles que procuram proteção fazer as travessias de forma segura e legal. É essa proposta que a autora analisa, partindo da análise da evolução do regime de proteção internacional de refugiados a nível global e europeu.

**ABSTRACT:** *In recent years, the debate around migration policies has dominated the political debate in many countries. Many persons consider the granting of asylum dangerous to sovereignty and traditional values. The international protection of refugees regime has developed, both internationally and regionally. However, this evolution has been slow and cautious,*

---

<sup>1</sup> Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra, na qual concluiu um Curso de Pós-Graduação em Direitos Humanos (*Ius Gentium Conimbrigae*). Atualmente, frequenta o Curso de Mestrado em Direitos Humanos do *European Inter-University Center for Human Rights and Democratization* (primeiro semestre em Veneza, segundo semestre em Leuven). E-mail: inevesavelas@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6599-3507>.

*what allow the maintenance of the system's fragilities and the violation of different rights of the ones that have the right to international protection. The global safety passport was proposed at Estoril Conferences, in May 2017, as a new international document that would be a substitute for the national identification documents. It would allow those who seek protection to cross safely and legally. The author analyses this proposal, and she searches for her viability in the framework of the evolution of the international refugee protection regime at a global and a European level.*

**PALAVRAS-CHAVE:** proteção de refugiados; *global safety passport*; direitos humanos; Nações Unidas; Europa.

**KEYWORDS:** *protection of refugees; global safety passport; human rights; United Nations; Europe.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Contextualização histórica: do século XX ao século XXI; 2 Soluções globais; 3 Soluções europeias; 4 *Global safety passport*; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Historical contextualization: from 20TH century to the 21st century; 2 Global solutions; 3 European solutions; 4 Global safety passport; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

Entre 2011 e 2015, em consequência do aumento e agravamento dos conflitos no Médio Oriente e em África, o número de pessoas que foram obrigadas a fugir dos seus países aumentou consideravelmente. Ao contrário do que aconteceu com a recepção em países europeus, o acolhimento destas pessoas levou à ruptura da infraestrutura social e económica de alguns países<sup>2</sup>, na sua grande maioria países vizinhos e países, também eles, considerados de *países de origem* para outros migrantes.

---

<sup>2</sup> Alguns dos países que se encontram nessa situação são a Jordânia (recebeu cerca de 664.1 milhares e 691 milhares de refugiados em 2017), o Líbano (1.1 milhões em 2015 e 998.9 milhares de refugiados em 2017) e o Paquistão (1.6 milhões em 2015 e 1.4 milhões de refugiados em 2017). Disponível em: <[https://migrationdataportal.org/?i=refug\\_host&t=2017&cm49=400](https://migrationdataportal.org/?i=refug_host&t=2017&cm49=400)>.

Entre 2015<sup>3</sup> e 2016<sup>4</sup>, o número de potenciais refugiados a chegar à Europa aumentou significativamente, em especial por via marítima<sup>5</sup>. Na sequência desse crescimento, muitos países europeus diminuíram as operações de salvamento, acreditando que com essa atitude conseguiriam diminuir o número de pessoas que se aventuravam no mar “em busca de um lugar seguro”. Não foi, contudo, o que aconteceu<sup>6</sup>.

Independentemente das políticas nacionais e dos locais de acolhimento de refugiados, é cada vez mais basilar que se encontrem soluções a nível global e a nível regional. Cada vez mais, a responsabilidade de acolhimento tem de ser partilhada, para que seja uma solução mais justa e para não sobrecarregar os países que mais dificuldades têm.

Com este trabalho, pretendo averiguar, a partir da evolução das políticas adotadas pelas Nações Unidas e pela União Europeia, da viabilidade da criação de um novo instrumento internacional, o *Global Safety Passport* (GSP). Este permitiria a circulação de pessoas que necessitem de proteção internacional sem terem de se submeter a perigosas viagens e a redes ilegais entre o país de origem e o país de acolhimento.

## 1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA: DO SÉCULO XX AO SÉCULO XXI

As duas Guerras Mundiais provocaram grandes movimentos populacionais forçados, o que proporcionou, especialmente no pós-II Guerra Mundial, o crescimento da importância e o aumento da atenção mundial para esta questão.

Os conflitos que ocorreram entre 1919 e 1939 forçaram a deslocação de mais de 5 milhões de pessoas só na Europa. Essa situação explica que a Sociedade das Nações tenha então designado os primeiros Altos Comissários

---

<sup>3</sup> 1.8 milhões de refugiados e 1.1 milhões de refugiados. Disponível em: <[https://migrationdataportal.org/?i=refug\\_host&t=2017&cm49=400&m=1&rm49=150](https://migrationdataportal.org/?i=refug_host&t=2017&cm49=400&m=1&rm49=150)>.

<sup>4</sup> 2.3 milhões de refugiados e 1.1 milhões de requerentes de asilo. *Ibidem*.

<sup>5</sup> É preciso dizer, porém, que, a partir de 2017 (2.6 milhões de refugiados e 992.3 milhares de requerentes de asilo) e 2018, os números têm vindo a diminuir. *Ibidem*.

<sup>6</sup> “Mesmo que houvesse uma decisão [europeia] para afundar os barcos de migrantes, ainda haveria pessoas que iriam de barco, porque o indivíduo considera-se já morto. Neste momento os sírios consideram-se mortos. Talvez não fisicamente, mas psicologicamente e socialmente [...]” (KINGSLEY, Patrick. *A Nova Odisseia – A História da Crise Europeia dos Refugiados*. *The Guardian*, 2016)



para os Refugiados. O primeiro, Fridtjof Nansen (cujo mandato decorreu entre 1921 e 1930), começou por ter a tarefa de definir o Estatuto de Refugiado russo (em especial a sua proteção jurídica) e de organizar a sua recepção nos países de acolhimento. Com o surgimento de novos conflitos (em especial, a Guerra entre a Grécia e a Turquia entre 1919 e 1922), o seu mandato foi alargado, passando igualmente a ser responsável pelo acolhimento de refugiados de outros países.

O segundo Alto Comissário, James McDonald, é nomeado com o mandato de ajudar na assistência de refugiados provenientes da Alemanha. O seu mandato (entre 1933 e 1935) falha em consequência da falta de ação da Sociedade das Nações relativamente à Alemanha. Em 1935 pede a sua demissão.

Em termos legislativos, foi elaborada em 1933 a *Convenção Relativa ao Estatuto Internacional dos Refugiados*, na qual se estipulou a proibição do regresso forçado dos refugiados ao seu país de origem. Essa Convenção teve, contudo, pouca eficácia na medida em que foi apenas ratificada por 8 países. Em 1938, foi elaborada uma nova *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados Alemães*, que não teve, porém, efeitos práticos, porque foi ratificada por apenas três países e porque, entretanto, eclodiu a II Guerra Mundial.

No pós-II Guerra Mundial e durante a Guerra Fria, existiram grandes massas de deslocamentos forçados. Só na Europa foram contabilizados cerca de 40 milhões de refugiados em 1945<sup>7</sup>.

Em 1943, foi criada a Administração das Nações Unidas para o Auxílio e Restabelecimento (Anuar)<sup>8</sup>, substituída, logo em 1947, pela Organização Internacional para os Refugiados (OIR)<sup>9</sup> enquanto Agência não permanente das Nações Unidas. Finalmente, em 1950, é criado o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR/UNHCR).

<sup>7</sup> Entre os quais: 13 milhões de alemães expulsos da URSS; 11,3 milhões de trabalhadores forçados e deslocados que trabalhavam nos territórios do III Reich; mais de 1 milhão de russos, ucranianos, bielorrussos, polacos, estônios e letões; milhões de chineses provenientes das zonas controladas pelo Japão.

<sup>8</sup> Os aliados criaram este órgão com o mandato de assistência para o auxílio e reabilitação das zonas devastadas pela guerra e assistência a todos os que se encontravam deslocados devido ao conflito. Como se conclui da leitura de *A situação dos refugiados no mundo*, o prestígio da Anuar, contudo, rapidamente desapareceu, em consequência da sua incapacidade de agir de forma independente dos aliados (os militares responsáveis pelas atividades desta organização não estavam preparados para assumir esta missão).

<sup>9</sup> A OIR tinha, como pode ser observado em *A situação dos refugiados no mundo*, como principal função prestar assistência aos refugiados europeus. Este foi o primeiro organismo internacional a lidar com todas as vertentes da questão dos refugiados.

Em 1951, foi elaborada a *Convenção Relativa aos Refugiados*, na qual foi definido este conceito e os princípios que devem reger os vários momentos até ao potencial acolhimento. No entanto, a Assembleia Geral das Nações Unidas reconheceu, pela primeira vez, o direito de asilo em 1967 (Resolução nº 2312, 14 de dezembro de 1967), tendo-se registado uma progressiva criação de mecanismos de proteção dos refugiados a nível regional. Ao mesmo tempo, e em sentido contrário, foram sendo adotadas interpretações cada vez mais restritivas e literais dos documentos supramencionados, tanto a nível mundial, como a nível regional e nacional.

A partir da década de 90 do século XX, as Nações Unidas e as suas Agências (especialmente o ACNUR/UNHCR) passaram a negociar diretamente com os detentores do poder político no terreno, independentemente de serem governos internacionalmente reconhecidos ou movimentos rebeldes, o que permitiu o acesso aos refugiados numa grande diversidade de territórios. Como refere Teresa Cierco<sup>10</sup>, este foi um passo bastante significativo, dado que a comunidade internacional permitiu flexibilizar, um pouco, o Princípio da Soberania relativamente à ajuda humanitária.

## 2 SOLUÇÕES GLOBAIS

### 2.1 ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS (ACNUR)

Em consequência do crescimento da tensão durante a Guerra Fria<sup>11</sup>, os Estados compreenderam que a questão dos refugiados não iria ser meramente temporária nem a sua existência era apenas resultado da II Guerra Mundial. A bipolaridade sentida neste período fez com que as negociações para a criação de um novo organismo para os Refugiados, no seio das Nações Unidas (ACNUR/UNHCR), fosse um processo bastante tenso e complexo. Depois de cedências por parte dos dois blocos, chegou-se a um consenso, que tornou possível a criação, pela Assembleia Geral da ONU (dezembro de 1950), do *Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados*<sup>12</sup>, com um mandato de apenas três anos.

---

<sup>10</sup> Cf. CIERCO, Teresa. *A instituição de asilo na União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 88.

<sup>11</sup> Rebetamento da Bomba de Hiroshima (ago. 1945); teste com êxito da 1ª bomba atômica pela URSS (nov. 1949); criação da Nato (abr. 1949); vitória da revolução comunista na China (1949); criação da RFA (jun. 1949); criação da RDA (out. 1949); Guerra da Coreia (jun. 1950 a jul. 1953); criação do Pacto de Varsóvia (maio 1955); início da construção do Muro de Berlim (ago. 1961).

<sup>12</sup> Através da Resolução nº 428 da Assembleia das Nações Unidas.

O art. 2º do Estatuto do ACNUR consagra uma das características fundamentais desta Agência: ela deve ser uma agência apolítica, por outras palavras, a sua atuação deve ser humanitária e social e não política. Há autores que defendem que a inclusão dessa característica foi o que permitiu a criação do Alto Comissariado. Outros defendem, porém, que essa distinção é meramente formal, tendo unicamente como objetivo atenuar os efeitos de bipolarização da ONU no que respeita a esta questão. O principal argumento destes autores é o facto de o ACNUR estar sujeito a controlo formal da Assembleia Geral, o que torna impossível que a Agência seja verdadeiramente independente e apolítica. É frequente, também ver levantada a questão de se saber se a decisão de proteção e assistência aos refugiados não é, ela própria, uma decisão política.

As ações de apoio humanitário do ACNUR são normalmente auxiliadas por organizações internacionais. Cada vez mais, esta Agência tem, paralelamente, a função de coordenar as atuações das distintas organizações que trabalham nesta área, de forma a permitir um fortalecimento da proteção e assistência.

## 2.2 CONVENÇÃO DE GENEBRA (1951) E PROTOCOLO DE NOVA IORQUE (1967)

A *Convenção de Genebra* (1951) relativa à Proteção dos Refugiados é, ainda hoje, o documento base que regulamenta o direito de asilo. É importante, todavia, não esquecer que esta Convenção apresenta limitações temporais, geográficas e históricas, na medida em que foi pensada para solucionar a questão dos refugiados, mas apenas daqueles a quem foi reconhecido este estatuto com base nos acontecimentos ocorridos até 1951.

No texto da *Convenção de Genebra*, podemos encontrar algumas referências a um potencial direito de asilo, mesmo que de forma indireta, nomeadamente ao interditar sanções penais (art. 31º) e ao consagrar o princípio de não *non-refoulement* (art. 33º). De todo o modo, referia-se o direito de todas as pessoas a requerer asilo em outro país que não o seu, mas não se reconhecia do direito à concessão de asilo.

Apesar dessas limitações, deve reconhecer-se que esta Convenção foi fundamental para o desenvolvimento do Direito dos Refugiados, uma vez que permitiu não só alargar o conceito, como o número de direitos que são reconhecidos às pessoas que possuem este estatuto. Ocorreu ainda um

significativo aumento do número de signatários, se compararmos com outros instrumentos anteriores (Convenção relativa ao estatuto internacional dos refugiados e Convenção relativa ao estatuto dos refugiados alemães).

A manutenção da existência de refugiados e o desenvolvimento de novos conflitos (que provocaram novas deslocações forçadas) levaram a Comunidade Internacional a sentir a necessidade de pôr de pé um novo instrumento mais adequado à realidade, que viria a ser o denominado Protocolo de Nova Iorque (1967). Esse instrumento tem como principal função afastar as limitações temporais e geográficas da Convenção de 1951, tornando o conceito independente do prazo de 1º de janeiro de 1951 (art. 1/2) e do continente europeu (art. 1º/3).

### 2.2.1 Quem pode ser considerado refugiado?

A *Convenção de Genebra* estabelece que refugiado é toda a pessoa que (i) tem um fundado e justo receio de perseguição (ii) por razões de raça, religião, nacionalidade, pertença a um grupo social ou pela sua opinião política, (iii) que se encontre fora do seu país de origem e (iv) que não pode ou não quer, pelo seu fundado receio, usufruir da proteção do seu país.

Não tendo nacionalidade, é toda a pessoa que (i) tem um fundado e justo receio de perseguição (ii) por razões de raça, religião, nacionalidade, pertença a um grupo social ou pela sua opinião política, (iii) que se encontre fora do país de sua residência habitual e (iv) que não pode ou não quer, pelo seu fundado receio, usufruir da proteção do seu país de residência habitual.

#### 2.2.1.1 A Convenção engloba pedidos de asilo individuais e fluxos massivos de pessoas ou apenas pedidos individuais?

Como resulta claramente das várias garantias e vantagens concedidas a quem é atribuído o Estatuto de Refugiado, a *Convenção de Genebra* foi claramente pensada para englobar apenas pedidos individuais. Há, todavia, autores que defendem que o texto é suficientemente flexível para englobar os fluxos massivos de pessoas, nomeadamente através da criação de uma ligação entre o fundado receio e a pertença ao grupo que se deslocou em massa<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Assim, MARINHO, Inês Filipa Pires. O direito de asilo na União Europeia: problemas e soluções. In: *Estudos de Direito Europeu e Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 205-242.

### 2.2.1.2 O que é o “fundado receio”?

O *fundado receio* pode ser fundado em acontecimentos anteriores à saída do país de origem ou de residência habitual ou em acontecimentos posteriores a esta. Mas a compreensão deste conceito torna necessário analisar dois elementos, o subjetivo e o objetivo. O elemento subjetivo tem em consideração a pessoa que requer o Estatuto de Refugiado e o seu fundado medo; no elemento objetivo é ponderada, através de critérios de razoabilidade, a situação em que a pessoa se encontrava no país de origem e se essa situação se mantém.

Conjugando os dois elementos, é possível concluir que não basta a afirmação, pelo requerente de asilo, de que tem um razoável fundado receio de perseguição por um dos motivos supramencionados. É necessário fazer prova das razões do motivo invocado, sendo que a coerência e a credibilidade das declarações são também fundamentais para a decisão. Reconhece-se, em geral, que há pessoas que seriam merecedoras do Estatuto de Refugiado, mas que acabam por não o obter, por não conseguirem fazer a prova que lhes é exigida, situação muitas vezes agravada com a situação de fuga dos requerentes. Aqui radicam algumas das críticas feitas à Convenção.

### 2.2.1.3 Quais os fundamentos para a perseguição?

O fundado receio de perseguição não pode ser alicerçado num motivo qualquer. Para que o Estatuto de Refugiado seja atribuído, é necessário que este se baseie em pelo menos um dos cinco fundamentos consagrados no próprio texto do artigo: raça, religião, nacionalidade, integração num determinado grupo social ou opinião política<sup>14</sup>.

Algumas motivações de perseguição que não se encontram explicitamente consagradas no texto. No entanto, através de uma interpretação atualista e de acordo com juízos de grau e proporcionalidade, são atualmente consideradas nas categorias tradicionais acima mencionadas (por exemplo, a perseguição com base na orientação sexual pode ser integrada na categoria pertença a um grupo social).

---

<sup>14</sup> No que toca ao fundamento da *raça*, tem-se discutido se deve ou não se manter nestes termos (o mesmo se passa, aliás, com outros documentos e tratados internacionais, regionais e nacionais), na medida em que, nos dias de hoje, parece mais correto o entendimento de que não existem diferentes raças humanas, mas sim diferentes etnias humanas.

### **2.2.1.4 Qual a forma de perseguição?**

A análise do tipo ou forma de perseguição deve ser feita casuisticamente. Tendo em conta a impossibilidade de realizar uma lista taxativa com todas as formas de perseguição, essa análise caso a caso é crucial. Há, contudo, alguns aspectos que podem ser analisados de forma abrangente e genérica, nomeadamente no que se refere à questão de saber quem é o agente da perseguição. Tem de ser o Estado da nacionalidade ou de residência habitual ou pode ser uma entidade não estatal?

Para aqueles que têm um entendimento restritivo da *Convenção de Genebra*, a perseguição só pode ser integrada na definição de refugiado se for realizada pelo Estado, pois só assim está incluída no conceito de falta de proteção. Para quem faça uma interpretação mais ampla da *Convenção*, a perseguição não necessita de ser obrigatoriamente estatal, uma vez que não se exige explicitamente uma ligação entre a perseguição e as entidades estatais.

## **2.2.2 Princípios Gerais**

### **2.2.2.1 Princípio da não discriminação (artigo 3º da Convenção de Genebra)**

Segundo o art. 3º da *Convenção*, nenhum Estado Signatário pode deixar de atribuir o Estatuto de Refugiado a alguém com base em raça, religião ou país de origem. Ou seja: é expressamente proibida qualquer decisão discricionária e discriminatória. Para a recusa da atribuição do Estatuto de Refugiado é imprescindível que sejam preenchidos os requisitos que se encontram no art. 1º-F.

### **2.2.2.2 Princípio da não repulsão (artigo 33º)**

O princípio da não repulsão proíbe aos Estados Contratantes a expulsão e o reenvio de alguém que solicite asilo para locais onde a sua vida e liberdade sejam ameaçadas (tanto o Estado de origem como qualquer outro).

Esse princípio não pode, contudo, ser convocado pelos requerentes de asilo se houver razoáveis fundamentos para considerar o acolhimento um perigo para a segurança do país ou um perigo para a comunidade (art. 33º/2).

### **2.2.2.3 Momento de início de aplicação do princípio da não repulsão**

A doutrina hoje dominante considerada que este princípio deve ser tido em consideração desde o momento em que o requerente entre no território onde requer o asilo, independentemente de, no futuro, lhe ser ou não atribuído o Estatuto de Refugiado.

Há um argumento fundamental para a defesa dessa posição. Ao considerar um momento posterior, a probabilidade ou o risco de uma análise pouco ponderada e pouco completa do pedido de asilo será muito maior, o que, por sua vez, levaria a que um elevado número de pessoas fosse enviado para lugares onde possam perseguidas.

### **2.2.2.4 Definição de “país de origem seguro” e de “país terceiro seguro”**

O conceito de “país seguro” (especialmente no que se refere a “país terceiro seguro”) tem sido recorrentemente utilizado em diversas legislações internacionais, regionais e nacionais com o intuito de partilha das responsabilidades de acolhimento pelos diversos países e não apenas por aqueles que são o primeiro país de chegada dos potenciais futuros refugiados.

Muitos autores entendem, porém, que essa utilização pode ser considerada como forma de fragilizar a situação dos requerentes, na medida em que a sua aplicação permite que não haja uma análise concreta e individual do pedido de asilo e, conseqüentemente, o envio do requerente para um lugar que não é, na prática, um lugar seguro (possibilidade de envio ou transferência em cadeia).

### **2.2.3 Críticas à Convenção de Genebra**

Apesar de ser considerada um documento fundamental e basilar, a Convenção de 1951 tem sido alvo de várias críticas, sobretudo na última década. As críticas podem ser englobadas em dois grandes grupos.

Por um lado, os que defendem que esse instrumento legal está desatualizado e é insuficiente, especialmente porque se acentuou a complexidade dos atuais fenômenos de migração forçada, e porque, nas últimas décadas, surgiram movimentos migratórios fundados em causas completamente diferentes das que ocorriam no período de elaboração da Convenção e, por isso, não consagradas no conceito originário (*v.g.*, a migração em consequência do aquecimento global).

Em sentido contrário, os que defendem que essa declaração e a restante legislação é demasiado onerosa para os países de acolhimento, uma vez que permite uma excessiva invocação do Estatuto de Refugiado, particularmente no caso de migrações mistas, ou seja, quando os motivos que levam a essa situação são não apenas os consagrados na Convenção e se misturam com outros, irrelevantes para a concessão do estatuto.

### 2.3 DECLARAÇÃO DE NOVA IORQUE PARA REFUGIADOS E MIGRANTES (2017)

Esta Declaração surgiu na sequência de uma Cimeira para os Refugiados e Migrantes, organizada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (setembro de 2016), e visa melhorar o modo como a comunidade internacional responde às grandes movimentações de pessoas.

A Declaração visa ser, nesta matéria, um marco para a solidariedade. Os Estados Signatários reconhecem os direitos dos refugiados, comprometendo-se a melhorar a sua proteção e a promover soluções duradouras, através do aumento do apoio (quer aos refugiados, quer às comunidades que os acolhem) e de uma maior e melhor partilha de responsabilidades. É de notar, contudo, esta *Declaração de Nova Iorque* é um documento não vinculativo para os Estados: estes não estão obrigados a seguir as suas sugestões e indicações.

Com o objetivo de desenvolver o que foi estabelecido na *Declaração de Nova Iorque*, o Alto Comissário para os Refugiados terá que elaborar, em 2018, o *Pacto Global sobre Refugiados*. Esse Pacto deverá compreender duas partes:

(i) o quadro/rede de resposta partilhada para os refugiados, em especial nas matérias de recepção e admissão, apoio a necessidades imediatas e contínuas, apoio aos países e comunidades de acolhimento e soluções duráveis;

(ii) o programa de ação que estabelece as medidas que devem ser levadas a cabo pelos Estados ou por outras partes envolvidas para cumprir os objetivos estabelecidos na parte i da *Declaração de Nova Iorque*, ou seja, medidas concretas para operacionalizar o quadro/rede de resposta partilhada para os refugiados.

É importante notar que este programa de ação não pretende impor mais obrigações, mas sim procurar que as obrigações existentes sejam concretizadas de forma mais e equitativa, destacando as melhores práticas, identificando



lacunas e definindo as ações que devem ser tomadas para conseguir concretizar a resposta abrangente que se pretende com a Declaração de Nova Iorque.

### 3 SOLUÇÕES EUROPEIAS

#### 3.1 FINAL DO SÉCULO XX

Com o fim da União Soviética e a queda do Muro de Berlim, vários Estados recém-independentes foram confrontados com conflitos violentos por razões étnicas, ideológicas ou simplesmente por rivalidades de poder. Por outro lado, várias situações de emergência humanitária surgiram também nas regiões dos Balcãs, do Cáucaso e da África Central. Todas essas situações em conjunto provocaram, de novo, um aumento significativo do número de refugiados.

Com o fim da Guerra Fria operou-se uma alteração do entendimento dos conceitos de *segurança nacional* e *segurança internacional*. Anteriormente, esses conceitos estavam exclusivamente relacionados com a rivalidade entre as superpotências (EUA *versus* União Soviética), nomeadamente em relação ao seu poder militar e às suas alianças estratégicas.

Atualmente, o conceito de segurança deixou de estar apenas centrado na segurança territorial dos Estados e passou a estar também relacionado com outras questões que os Estados e os seus cidadãos têm de enfrentar (*v.g.*, a poluição, o esgotamento dos recursos naturais, o tráfico de drogas, o crime organizado, o terrorismo, o desemprego, a pobreza, a massificação das migrações etc.) e que são problemas transnacionais. A esse novo conceito dá-se o nome de *segurança humana*.

Relativamente às questões ligadas às migrações e aos refugiados, a União Europeia decidiu adotar essencialmente políticas (europeias e nacionais) de controle migratório e populacional que visam desencorajar esses fenômenos.

Os Estados-membros, em resultado do aumento das migrações vindas do norte de África, têm vindo a aplicar medidas com o intuito de controlar a entrada de pessoas nos seus territórios. Entre essas medidas destacam-se: (i) o aumento da exigência dos requisitos para a atribuição de asilo; (ii) a imposição de sanções financeiras e penais a companhias aéreas que transportem passageiros sem documentos ou com documentos falsos; (iii) a consignação dos requerentes de asilo a campos ou a alojamentos coletivos; (iv) a detenção de requerentes de asilo em condições similares às do sistema prisional; (v) o impedimento da passagem em alto-mar dos requerentes de asilo.

A aplicação destas medidas foi também reforçada devido ao aumento do número de pedidos de asilo por parte de migrantes por razões econômicas, que viram na instituição de asilo uma oportunidade de garantir a sua admissão e de melhorar as suas condições vida, como referiu a Ex-Alta Comissária para os Refugiados em 1997 Sadako Ogata.

Contribuiu, igualmente, para a diminuição da proteção dos refugiados a interpretação mais restritiva do conceito de Refugiado presente na *Convenção de Genebra*, ao contrário da interpretação realizada por muitos países africanos e latino-americanos.

Em sentido positivo, deve referir-se que alguns Estados europeus têm vindo, paulatinamente, a reconhecer algumas alternativas jurídicas para aqueles a quem não é reconhecido o Estatuto de Refugiado, mas a quem é reconhecida a impossibilidade de regressar aos países de origem sem colocar a sua vida ou a sua liberdade em perigo. É o caso da proteção temporária (a nível europeu), do estatuto humanitário (em Portugal), do estatuto de tolerância (na Alemanha) e da autorização excepcional de permanência (no Reino Unido).

### 3.1.1 Diálogo Intergovernamental

O Tratado de Roma (1957) apenas previu a livre circulação de pessoas, não contendo qualquer medida em matéria de migração. Apenas a partir de 1975 começou a desenvolver-se a cooperação intergovernamental nos domínios da imigração, do direito de asilo e da cooperação policial e judiciária. Essa cooperação, na maioria dos casos, tornou-se apenas um intercâmbio informal de experiências e competências entre Estados-membros.

Dada a impossibilidade de alcançar um acordo ao nível da Comunidade Europeia no respeitante às migrações, alguns países (França, Alemanha, Bélgica, Luxemburgo e os Países Baixos) criaram o *Espaço Schengen* (território sem fronteiras dentro do qual os nacionais dos Estados-membros podem circular sem necessidade de autorização), que conjuga dois conceitos que podem ser antagónicos: a livre circulação e a segurança.

Com o Mercado Único (instituído em 1986 pelo Ato Único Europeu), a livre circulação de trabalhadores comunitários e o seu direito de permanência noutros Estados-membros foram desenvolvidos. Mas a livre circulação de nacionais de países terceiros não percorreu o mesmo caminho. Para compensar a liberdade de circulação resultante da abertura das fronteiras entre os Estados-membros,

houve um reforço do controle das fronteiras externas do espaço comunitário e um aumento da severidade da política europeia de asilo e imigração. A explicação de tais medidas deriva do facto de o Mercado Único privar os Estados-membros de instrumentos nacionais de controle da entrada e da identidade das pessoas, sendo, conseqüentemente, necessário assegurar um nível de segurança razoável das fronteiras externas.

Durante esse período, foi aprovada a *Convenção de Aplicação do Acordo Schengen* (CAS), da qual constam medidas destinadas a proteger os Estados de pedidos de asilo que não correspondiam aos requisitos da *Convenção de Genebra* e a diminuir o fluxo migratório para a Europa.

Podemos afirmar que, por esta altura, a Comunidade Europeia teve de escolher um de dois caminhos: restringir a entrada dos que procuravam asilo unilateralmente (contrariando os objetivos do Mercado Único e da Convenção de Schengen) ou adotar políticas internas harmonizadas relativamente ao asilo, à imigração e à entrada dos nacionais de terceiros países. Numa primeira fase, os Estados-membros restringiram unilateralmente a entrada dos requerentes de asilo. Posteriormente, por meio da *Convenção de Dublin*, decidiu-se pela harmonização do direito de asilo.

Além do mais, a *Convenção de Dublin* (1990) veio definir critérios que permitem determinar o Estado responsável para a análise do pedido de asilo efetuado em qualquer país da Comunidade Europeia: a presença de um membro da família num Estado-membro; ser portador de um visto ou de um título de residência de um Estado-membro; a responsabilidade do Estado-membro pelo controle da entrada no território comunitário.

Se nenhum desses critérios for passível de aplicação, o Estado responsável pela análise do pedido será aquele onde o requerente tinha depositado o primeiro pedido de asilo, evitando-se, assim, o *asilo-shopping* (art. 8º da *Convenção de Dublin*). Cumpre-se, desse modo, o objetivo desta *Convenção*: terminar com o envio sucessivo de requerentes de asilo de país para país, impedindo que todos se declarassem incompetentes para a análise do pedido.

Esta *Convenção* prevê também as obrigações que os Estados-membros responsáveis pela análise do pedido terão de respeitar (art. 10º): (i) permitir a entrada do requerente no seu território e analisar o pedido de acordo com as leis nacionais e obrigações internacionais; (ii) readmitir qualquer requerente cujo pedido esteja a ser analisado e que se encontre em outro Estado-membro em

situação irregular; (iii) retomar a seu cargo um requerente de asilo que tenha retirado o seu pedido durante a análise e que tenha realizado outro pedido em outro Estado-membro; (iv) retomar a seu cargo qualquer estrangeiro cujo pedido tenha sido indeferido e se encontre noutro Estado-membro em situação irregular.

A *Convenção de Dublin* estabeleceu ainda algumas obrigações no que diz respeito à transferência e troca de informação sobre requerentes de asilo. Com esse objetivo, foi criado o Centro de Informação, Investigação e Intercâmbio em matéria de asilo (Cirea, 1992) e o Centro de Informação, Investigação e Intercâmbio em matéria de passagem de fronteiras e de imigração (Cirefi, 1992). Esses organismos permitem a troca de informações sobre migrantes, tráfico, legislação, políticas de asilo, jurisprudência etc.

Importa, contudo, realçar que esta *Convenção*, para evitar uma solução que desse “caráter comunitário às decisões” (como observa Teresa Cierco), não trouxe nenhuma grande novidade ao nível das condições de análise do pedido de asilo. Esta continua a depender do direito nacional, desde que este esteja em conformidade com a Convenção de Genebra de 1951. Os Estados-membros conservam, deste modo, o direito de reenviar um requerente de asilo para o país de origem ou para um Estado terceiro, desde que respeitem o princípio de *non-refoulement* (arts 5º/2 do CAS e art. 3º/5 da Convenção de Schengen)<sup>15</sup>.

### 3.2 TRATADO DE MAASTRICHT (1992)

Na década de 1990, a política de imigração e de asilo da União Europeia caracterizou-se por duas questões fundamentais: as questões internas e as questões externas.

Os aspetos internos focaram-se essencialmente na necessidade de partilha das obrigações entre os Estados-membros e na tentativa de aproximar o mais possível a legislação dos vários países nesta matéria. Os aspetos externos, por sua vez, concentraram-se na necessidade de prevenção dos motivos que levam à existência de imigrantes e refugiados e no investimento na coordenação de políticas entre Estados-membros nestas matérias.

---

<sup>15</sup> Há aqui uma dicotomia entre a obrigatoriedade de análise individual de qualquer pedido e a possibilidade de reenvio para o País de Origem ou para Estado Terceiro Seguro.

Em 1992, foram adotadas as chamadas *Resoluções de Londres*, que englobaram a Resolução sobre os pedidos de asilo manifestamente infundados<sup>16</sup>, a Resolução relativa à abordagem harmonizada das questões referentes ao país terceiro de acolhimento<sup>17</sup> e as Conclusões sobre países onde não se verificam graves riscos de perseguição<sup>18</sup>.

No seguimento dessas Resoluções, um pedido de asilo apresentado por alguém com origem num país considerado seguro é automaticamente rejeitado por ser manifestamente injustificado, com exceção dos casos em que o requerente consiga demonstrar fatos e produzir meios de prova que justifiquem o receio de perseguição no país de origem. O problema dessa abordagem surge quando é utilizado para excluir pessoas de uma determinada nacionalidade de obterem proteção internacional, podendo mesmo se consubstanciar na violação do princípio do *non-refoulement*.

O *Tratado de Maastricht* (1992) provocou um novo desenvolvimento nas políticas de asilo, levando à criação da instituição de Proteção Temporária (1997) e fazendo com que as questões de asilo e imigração passassem a ser desenvolvidas em conformidade com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e com a Convenção de Genebra. Assim, pela primeira vez, é possível afirmar que existe uma referência às obrigações internacionais da atual União Europeia, o que permitiu a cooperação entre países e não apenas ações unilaterais descoordenadas.

Durante o período de aplicação do Tratado de Maastricht, foram adotadas algumas medidas ao nível da política de asilo e de imigração, das quais se destacam: a aplicação do Eurodac (banco de impressões digitais dos requerentes de asilo na União Europeia); a adoção de uma posição comum na aplicação do conceito de refugiado (“perseguição” – todos os atos persecutórios, independentemente de envolver ou não a cumplicidade do Estado); a Resolução sobre garantias mínimas nos procedimentos de asilo (definição dos direitos dos requerentes e das garantias processuais mínimas que cada Estado-membro deve respeitar – nomeadamente a questão da análise individual, objetiva e imparcial

---

<sup>16</sup> Pedidos que não estão em conformidade com a Convenção de Genebra por ausência de fundamentos do alegado receio de perseguição no país de origem, pela existência de uma fraude deliberada ou pela utilização abusiva da instituição de asilo.

<sup>17</sup> Definiu critérios para determinar qual o Estado Terceiro de acolhimento e quais os princípios para o regresso de um requerente para esse estado.

<sup>18</sup> Países de origem que são considerados seguros. Os E-ms são considerados, à partida, estados seguros.

do pedido e possibilidade do requerente permanecer no território do Estado durante o processo) e ainda a Resolução sobre proteção temporária.

Em suma, podemos dizer que o Tratado de Maastricht trouxe a discussão da política de asilo de um contexto intergovernamental para o quadro institucional, apesar de, na prática, essa alteração ter tido escassas consequências imediatas.

### 3.3 SISTEMA EUROPEU COMUM DE ASILO

Com o desenvolvimento atual da União Europeia, surgiu a necessidade de (para além de outras matérias) elaborar normas mais homogêneas em matéria de acolhimento, de concessão ou retirada do Estatuto de Refugiado e em matéria de proteção e repartição de encargos, de forma a evitar o aproveitamento de sistemas mais generosos ou o *asilo shopping*. Importa salientar, porém, que essa tomada de consciência e esse processo não têm sido fáceis nem rápidos no que respeita à sua aplicação.

Nos dias de hoje, o maior desafio que se coloca à UE nesta matéria é o de compatibilizar duas realidades que, aparentemente, parecem inconciliáveis: por um lado, a necessidade de cumprimento das obrigações internacionais relativamente aos refugiados; por outro lado, a necessidade de proteção e segurança das suas fronteiras.

#### 3.3.1 1ª fase do Sistema Europeu Comum de Asilo (1997-2005)

Com o *Tratado de Amesterdão* (1997), é introduzido o conceito de “área de liberdade, de segurança e de justiça”, o que permitiu concretizar o direito de procurar asilo e a necessidade de encontrar respostas coletivas no seio da União Europeia.

Em 1998, no Conselho Europeu de Viena, foi adotado um plano de ação para implementação das disposições do Tratado de Amesterdão sobre liberdade, segurança e justiça, que permitiu o desenvolvimento do Sistema Europeu Comum de Asilo. Tal foi conseguido por meio da instauração de um espaço judicial europeu, de uma cooperação mais estruturada entre autoridades judiciais e policiais nacionais (Europol), de uma definição de uma estratégia global relativa às migrações e de uma política uniforme de asilo e de acolhimento de refugiados. Foi ainda criado o *Observatório Europeu dos Fenómenos Racistas e Xenófobos* (no âmbito da luta contra o racismo, a xenofobia e o antisemitismo na UE) e o *Grupo de Alto Nível sobre Asilo e Imigração (Task Force)*, para analisar a situação nos países de origem dos requerentes de asilo e imigrantes (analisar

fluxos migratórios, melhorar a capacidade de acolhimento, verificar possibilidade de regresso ao país de origem etc.).

No Conselho Europeu de Tampere (1999), entre outras decisões, foi criada a instância que ficou encarregada de elaborar a *Carta dos Direitos Fundamentais dos Cidadãos da União Europeia*. E foram ainda elaborados os elementos fundamentais do *Sistema Europeu Comum de Asilo*: (i) determinação do Estado-membro responsável pela análise do pedido (*Convenção de Dublin*); (ii) princípios comuns para um justo processo de asilo; (iii) condições mínimas comuns de recepção dos requerentes; (iv) aproximação das regras de reconhecimento e de conteúdo do Estatuto de Refugiado.

Em 2000, foi criado o mecanismo de revisão (*scoreboard*), com a missão de analisar os progressos dos países da União Europeia na implementação das medidas necessárias ao espaço de liberdade, segurança e justiça.

Igualmente em 2000, nasceu o *Fundo Europeu para os Refugiados* (FER), que visa apoiar os programas nacionais dos Estados-membros em matérias de requerentes de asilo, integração de refugiados e repatriação voluntária. Esse Fundo é distribuído anualmente aos Estados-membros tendo em conta o número de pedidos de asilo que recebem e o número de refugiados e beneficiários de proteção temporária que acolhem. Esse fundo prevê, ainda, um dispositivo para dar resposta a situações urgentes. O sistema do FER alicerça-se num sistema de redistribuição financeira, na medida em que visa equilibrar os encargos financeiros e organizacionais assumidos pelos Estados-membros.

Em 2003, foi aprovado o *Regulamento de Dublin II*, que veio substituir a Convenção de Dublin. Embora consagre os mesmos princípios da Convenção e os mesmos critérios de determinação do Estado-membro responsável pela análise de um pedido de asilo na União Europeia, este Regulamento veio tornar a Convenção num verdadeiro instrumento comunitário. E essa é uma alteração de grande significado.

A Comissão Europeia, ao longo dos anos, foi fazendo diversas Comunicações relativas a essas questões, entre elas se destacam três:

- 1) a primeira recomenda a elaboração de um programa de reinstalação a nível europeu, para facilitar a chegada organizada e segura dos refugiados à União;

- 2) a segunda estimula os Estados-membros a ajudarem na proteção dos refugiados nas regiões de origem (nomeadamente através do aumento das suas capacidades jurídicas e administrativas e através da garantia de respeito pelos direitos humanos);
- 3) a terceira sugere a aplicação de programas regionais de proteção (medidas com o objetivo de aumentar a capacidade de proteção, apoiar infraestruturas locais e a inserção local de refugiados).

Porém essas Comunicações não são documentos vinculativos: os Estados-membros são livres de seguir ou não as suas recomendações.

O *Programa de Haia* (que terminou a sua vigência em 2009) propunha a criação de programas de proteção regionais com o intuito de reforçar a capacidade dos países de origem para garantir proteção a todos os que dela necessitassem e a implementação de programas de reinstalação de refugiados a partir de países terceiros, envolvendo dois ou mais Estados-membros.

Entre 2003 e 2005, foram também adotadas Diretivas sobre a problemática dos refugiados, em especial as Diretivas n.ºs 2003/9/CE, 2004/83/CE e 2005/5/CE, que estabeleceram normas com condições e procedimentos mínimos para requerentes de asilo. No entanto, a determinação das condições e dos procedimentos para melhorar a proteção dos requerentes foi deixada a cada um dos Estados-membros.

### 3.3.2 2ª fase do Sistema Europeu Comum de Asilo (de 2005 até hoje)

Nesta segunda fase, o principal objetivo foi a concretização do que tinha sido planeado na primeira fase: cobrir os aspetos que não foram tratados na fase anterior ou que haviam ficado deficitariamente protegidos, especialmente no que diz respeito à uniformização do regime nos diferentes Estados-membros.

Ainda em 2005, foi criada a *Agência Europeia para a Gestão e Cooperação Operacional das Fronteiras Externas* (Frontex), que tem como mandato a cooperação operacional em matéria de gestão de fronteiras externas, a criação de um modelo de avaliação e análise dos riscos, a prestação de assistência aos Estados-membros para formação de guardas de fronteira, o acompanhamento da investigação do controlo e da fiscalização das fronteiras, a prestação de assistência operacional e técnica nas fronteiras externas e a prestação de apoio necessário no âmbito da organização de operações conjuntas de regresso.



Em 2008, foi aprovado o *Pacto Europeu sobre Imigração e Asilo*. Na tentativa de estruturar diversos regulamentos europeus, ele veio definir: a forma de gestão da imigração (deve ter em conta a situação do mercado de trabalho e os recursos disponíveis, em especial em matéria de alojamento, saúde e educação); a quem cabe a definição das condições de admissão e o número de pessoas que o país pode receber; medidas mais rígidas para aplicação do mecanismo do reagrupamento familiar; o reforço do papel e dos meios do Frontex.

Em termos materiais e concretos, porém, esse Pacto não trouxe grandes novidades, sendo que, também ele, não é juridicamente vinculativo, o que significa que cada Estado-membro continua a ser o responsável pela definição desses aspectos.

Na sequência do *Pacto Europeu sobre Imigração e Asilo*, foi criado (2010/2011) o *Gabinete Europeu de Apoio ao Asilo* (EASO), que visa à implementação do *Sistema Europeu Comum de Asilo*, pretendendo, deste modo, conseguir que os pedidos individuais de asilo sejam tratados de forma coerente por todos os Estados-membros.

Para que tal seja possível, este Gabinete disponibiliza diversas formas de apoio: (i) apoio permanente (formação e material de formação comum, informação comum sobre países de origem etc.); (ii) apoio especial (assistência sob medida, capacitação, realocação etc.); (iii) apoio de emergência (solidariedade para com Estados-membros sujeitos a pressões específicas, especialmente através de apoio e assistência temporários para a reparação ou reconstrução dos sistemas de asilo e de acolhimento); (iv) apoio à informação e análise (partilha de informações e dados, análise e avaliações a nível europeu); (v) apoio a países terceiros (apoio a parcerias com países terceiros de forma a alcançar soluções comuns, como através de programas de reforço das capacidades e de proteção regional).

### 3.4 O TRATADO DE LISBOA (2007)

O *Tratado de Lisboa* (aprovado em 2007, para entrar em vigor em 2009) estabeleceu, entre outros, o objetivo de criar uma política comum de asilo, imigração e controlo externo de fronteiras (art. 61<sup>o</sup>/2), pretendendo-se atingir a uniformização, em especial quanto ao estatuto de asilo para nacionais de países terceiros, quanto ao estatuto de proteção subsidiária para nacionais de países terceiros que necessitam de proteção internacional e quanto a procedimentos comuns para conceder e retirar os estatutos de proteção internacional.

Acontece que a definição dessas questões continua sob tutela das legislações nacionais, verificando-se uma fraca harmonização entre os Estados-membros e mantendo-se, por isso mesmo, um grau muito elevado de incerteza e insegurança no que diz respeito ao acolhimento e à decisão.

O aumento da ameaça do terrorismo e do crime organizado em território europeu levou, inevitavelmente, ao aumento do sentimento de insegurança, o que, por sua vez, provocou a diminuição da aceitação de acolhimento de refugiados por parte da opinião pública (muitas vezes potenciada por algumas organizações político-partidárias e/ou por certos meios de comunicação social) e o aumento da dificuldade de entrada no território da União Europeia, especialmente com o reforço das medidas de controlo de fronteiras.

### 3.5 ACORDO UNIÃO EUROPEIA - TURQUIA

Entre 2015 e 2016, a União Europeia e a Turquia chegaram a um acordo para tentar diminuir a migração para a União de cidadãos de países terceiros (não europeus nem turcos). Nesse acordo, estabeleceu-se que, a partir de 20 de março de 2016, todos os migrantes que atravessassem a fronteira entre a Turquia e a Grécia e que não tenham direito a proteção internacional (após avaliação individual) ou que não requeiram o Estatuto de Refugiado deverão ser devolvidos à Turquia. Em contrapartida, por cada sírio que seja devolvido à Turquia, outro sírio que esteja na Turquia será reinstalado na União Europeia.

Ficou também estabelecido que os requerentes de asilo apenas podem ser reenviados para a Turquia quando esteja assegurado que aí terão proteção baseada nos padrões internacionais e no respeito pelo princípio de não repulsão.

Acordou-se ainda a atribuição de um fundo de 3 mil milhões de euros para os refugiados na Turquia, com a possibilidade de reforço de igual quantia quando se esgotar a primeira *tranche*.

#### 3.5.1 Críticas ao acordo União Europeia - Turquia

O Acordo entre a União Europeia e a Turquia (tal como outros acordos, como, por exemplo, o Acordo entre a Itália e a Líbia) tem sido muito criticado por diversas organizações internacionais. As críticas fundamentam-se em dois argumentos basilares: por um lado, a questão de saber se podemos considerar a Turquia um “Estado Terceiro Seguro”; por outro lado – e na sequência do primeiro ponto –, a questão de saber se este Acordo não viola o *princípio de non-refoulement*.

Dentro da União Europeia, tendo em consideração a Diretiva nº 2013/32/UE (art. 38º), um Estado Terceiro pode ser considerado seguro (permitindo, assim, o reenvio de um requerente para esse país), quando o tratamento do requerente de asilo respeitar alguns princípios fundamentais, nomeadamente (outros requisitos podem ser acrescentados nas legislações nacionais): (i) não haja alguma ameaça à vida e à liberdade por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertença a um determinado grupo social ou por uma opinião pública; (ii) inexistência de risco de danos graves; (iii) respeito pelo princípio da não repulsão; (iv) não ser objeto de tortura nem de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; (v) concessão da possibilidade de pedir o Estatuto de Refugiado e de receber proteção internacional, nos termos estipulados pela *Convenção de Genebra*.

A questão que se coloca é exatamente a de saber até que ponto é que a Turquia pode ser considerada como um País Terceiro Seguro segundo esses critérios.

A União Europeia tem afirmado categoricamente que o Acordo só foi celebrado porque a Turquia faz parte do Conselho da Europa e cumpre todos os requisitos para ser considerada um país seguro, uma vez que (i) os requerentes de asilo não veem a sua vida nem a sua liberdade colocada sob ameaça e que (ii) este país cumpre todos os requisitos de proteção internacional dos requerentes.

Esta não é, contudo, a posição de Organizações Internacionais que trabalham nesta área, como, por exemplo, a Amnistia Internacional ou a *Human Rights Watch*. Pelo contrário: essas organizações têm defendido que, na Turquia, as leis e as políticas que regulam as condições de vida dos refugiados não cumprem os requisitos internacionais (isto é, não conferem aos candidatos todos os direitos que lhes deveriam ser reconhecidos), para além de que mesmo os direitos reconhecidos não são efetivados, por falta de vontade na aplicação ou por falta de meios ou de tempo, tendo em conta o número de refugiados que neste momento se encontram naquele país.

Acresce que, apesar de a Turquia ser um dos países signatários da Convenção de Genebra de 1951 e do Protocolo de Nova Iorque de 1967, a concessão do Estatuto de Refugiado apenas ocorre para cidadãos europeus, sendo que para pessoas de outras nacionalidades e, apenas desde 2013 e 2014, foi estabelecido um sistema de proteção internacional subsidiária (mas não de asilo) e de proteção temporária.

A outra questão que se coloca é a possibilidade de a União Europeia estar a violar o *princípio do non-refoulement*. Essa análise está inevitavelmente associada à questão de saber se a Turquia pode ou não se considerar um Estado Terceiro Seguro. Se – pelos motivos acima invocados – este país for considerado um país não seguro –, então o referido Acordo constituirá uma violação grave dos princípios fundamentais do direito internacional nesta matéria.

## 4 GLOBAL SAFETY PASSAPORT

### 4.1 O QUE É

Atualmente encontramos na comunidade internacional um sistema de proteção que depende obrigatoriamente da entrada dos requerentes de asilo nos países em que pretendem ser acolhidos. Por outras palavras, tendo em conta esse sistema, com exceção dos programas de recolocação e de reinstalação de refugiados, apenas aqueles que fogem da perseguição e conseguem chegar ao seu destino e requerer proteção internacional é que, potencialmente, serão protegidos (dado que não há *direito de asilo*, mas apenas *direito de pedir asilo*).

Tendo esse dado como ponto de partida, podem colocar-se várias questões, nomeadamente: qual o custo (humano, social, monetário, etc.) dessa deslocação; se é razoável exigir este custo àqueles que fogem; se não se está a fomentar o tráfico de seres humanos ao criar entraves à entrada de refugiados.

O atual sistema de proteção de refugiados tem vários problemas, mas aqui pretendo destacar dois.

Primeiramente, o atual sistema apenas protege aqueles que conseguem chegar ao “último nível”, isto é, auxilia apenas aqueles que alcançam o final da jornada, muito possivelmente depois de pagar pela sua viagem a várias redes de tráfico, depois de se sujeitar a várias formas de exploração e depois de colocar a sua vida em perigo, o que faz com que muita gente, pelas mais variadas razões, não consiga chegar a um país seguro não sendo, por isso, protegido.

Em segundo lugar, este sistema permite aos Estados afastar os migrantes dos seus territórios com a construção de muros, realização de operações militares que não permitam a entrada, recusa de salvamento no mar (veja-se o recente caso do barco *Aquarius*), etc.

Na Conferência do Estoril, que ocorreu entre os dias 29 e 31 de maio de 2017, subordinada ao tema das migrações (“Global Migration: Leaving in

a *Globalized Worlds*”), foi levantada a hipótese da criação de um *global safety passport* (passaporte global de segurança – GSP). Esse documento teria como principal função criar as condições necessárias para os requerentes de asilo viajarem e entrarem nos Estados de acolhimento de forma legal e segura.

É preciso, desde já, ter em atenção que este documento não resolveria todos os problemas do sistema de proteção internacional dos refugiados e muito menos criaria o direito de viver legalmente num determinado país ou o direito de obter a proteção requerida (até porque a atribuição deste documento implicaria uma análise rápida, preliminar e urgente), mas permitiria ajudar a solucionar ou ajudar a diminuir os dois problemas acima referidos.

O GSP possibilitaria aos requerentes de asilo a travessia entre o país de origem e o de destino de forma segura e legal, evitando-se o recurso a traficantes/redes de tráfico e a submissão a tantos riscos (como o atravessamento do deserto ou do mediterrâneo). Tal seria possível porque o GSP seria admitido como documento legal (em substituição do documento legal nacional) para fins da legislação que regulamenta as obrigações das empresas de transporte comercial. Desse modo, o GSP permitiria aos requerentes passar e/ou entrar nos territórios dos Estados, partindo do princípio de que aqueles que patrulham as fronteiras (terrestres, marítimas ou aéreas) e as águas internacionais não poderiam impedir a passagem/entrada de detentores de GSP.

## 4.2 FUNDAMENTO

A proposta de criação de um passaporte global fundamenta-se, essencialmente, na obrigação internacional de proteção de pessoas vulneráveis à violação dos Direitos Humanos (art. 14º da DUDH) e na crescente preocupação de anular a ação de redes de tráfico e de auxílio à migração ilegal.

A ideia de criação de corredores humanitários ou caminhos seguros para aqueles que são potenciais refugiados entre os países de origem e os países de destino não é de hoje (tal como não é a existência de refugiados) é algo que surge recorrentemente nas discussões a nível internacional. Este debate reforçou-se com o acréscimo de mortes nas travessias terrestres e marítimas para a Europa (especialmente a partir de 2015).

As propostas de criação de corredores humanitários são, porém, frequentemente afastadas ou recusadas, na medida em que implicam o consenso entre diversos Estados (os Estados por onde passam as correntes migratórias),

que invocam, em regra, o *princípio da soberania dos Estados*, ou seja, o direito de cada país decidir quem entra e quem sai no seu território, seja para permanecer ou simplesmente como corredor para outro local.

Nesse contexto, o GSP surge como instrumento para (i) evitar que aqueles que fogem dos seus países se tenham de submeter a redes de tráfico ou exploração para conseguirem chegar a locais seguros e (ii) para tentar contornar a tentação dos Estados nacionais de criar e implementar medidas que visem aumentar a dificuldade de entrada dos migrantes no seu território. Assim, como referido inicialmente neste ponto, a aplicação do GSP pressuporá sempre uma intenção meramente humanitária e não soberanista.

### 4.3 ATRIBUIÇÃO

Segundo a proposta apresentada na referida Conferência do Estoril, caberia à Agência das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) a responsabilidade de conceder este passaporte internacional.

O ACNUR, como foi visto anteriormente, foi criado em 1951 com o intuito de fornecer proteção internacional aos refugiados e, juntamente com os governos dos diversos países, encontrar soluções duradouras para essas situações. O Estatuto que regulamenta o trabalho desta Agência preceitua que as suas funções são a promoção da conclusão e ratificação pelos Estados de convenções internacionais (como a Convenção de Genebra e o Protocolo de Nova Iorque), a execução de todas as medidas necessárias à promoção da proteção e diminuição do número de refugiados (como, por exemplo, proteção e assistência nos campos de refugiados e em áreas urbanas, resposta imediata a emergências, proteção nas fronteiras, reunificação de famílias, aconselhamento de governos em projetos de lei e de políticas de asilo), encorajar os Estados a admitir refugiados nos seus territórios e obter informação dos governos relativamente aos números e condições dos refugiados.

Em 2015 foi elaborado um novo documento no qual podemos encontrar um alargamento ou um aprofundamento do mandato do ACNUR relativamente aos refugiados e a outras pessoas que provoquem preocupação (nomeadamente deslocados internos). Esse novo documento procura, fundamentalmente, potenciar o estabelecimento de acordos com governos para a execução de medidas que promovam a melhoria da situação dos refugiados.

Por outro lado, foi também desenvolvida, em algumas resoluções da Assembleia Geral da ONU, a função de assistência humanitária do ACNUR, nomeadamente no que diz respeito à valorização do seu papel na assistência e proteção dos refugiados.

É exatamente aqui, neste aprofundamento da função de assistência humanitária e, mais especificamente, na implementação de um papel mais ativo na assistência e proteção dos refugiados, que cabe a possibilidade de ser o ACNUR a conceder o GSP. É, contudo, fundamental que tal competência seja expressamente reconhecida pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas para que este instrumento possa ter sucesso efetivo e não meramente teórico.

#### 4.4 PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS ESTADOS

A existência de um passaporte global, nos termos em que foi pensado, implica que os Estados concedam uma parte da sua soberania nesta matéria ao ACNUR, uma vez que passam a permitir a entrada legal, sem mais requisitos, dos titulares deste documento (reforço novamente a ideia de que se trata aqui da mera entrada, e não da autorização de permanência no território de entrada). Ou seja: os Estados deixariam de ter o controlo total de quem entra, passando a ter apenas o controlo de quem permanece no seu território. Essa diminuição do âmbito do conceito de soberania encontra-se, contudo, justificada com a doutrina *Responsability-to-Protect* (R2P), aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 2005.

Importa, porém, chamar a atenção para o risco de a aceitação pelos Estados deste novo instrumento poder ter consequências negativas, nomeadamente ao nível da concessão do Estatuto de Refugiado. Os Estados poderão querer aumentar o número de requisitos ou a rigidez da avaliação deles, dificultando a atribuição do Estatuto de Refugiado, o que poderá ser contraproducente para o reforço do sistema global de proteção de refugiados.

E importa ressaltar, mais uma vez, que esta proposta do GSP apenas será consequente se os diversos Estados que fazem parte das Nações Unidas a aceitarem e se comprometerem a respeitá-la.

Tendo em conta a atual situação mundial (crescimento da extrema-direita ou de uma direita que é contra a abertura de fronteiras a requerentes de proteção internacional, crescimento do número de acordos bilaterais, multilaterais ou

internacionais que visam travar as vagas migratórias, o aumento do medo em consequência da ampliação do fenômeno do terrorismo, diminuição do sentimento de segurança, etc.), receio que a aceitação do GSP poderá nunca ocorrer.

## CONCLUSÃO

A evolução, desde o início do século XX, da política global para os refugiados no âmbito das Nações Unidas e do ACNUR, mostra que tem havido um desenvolvimento positivo. Primeiramente, conseguiu-se o alargamento do âmbito de aplicação do conceito de refugiado para além das fronteiras da Europa e para além da limitação temporal da II Guerra Mundial. De seguida, foi possível o estabelecimento de políticas que levaram ao desenvolvimento da cooperação internacional, de forma a que não fiquem apenas alguns países sobrecarregados com a responsabilidade de proteção dos migrantes. Prova disso é *Declaração de Nova Iorque* e o *Pacto Global de Refugiados*, que deverá ser apresentado ainda este ano (2018).

É certo que, apesar de toda a evolução positiva que ocorreu nas últimas décadas, ainda há um grande caminho a percorrer para que o sistema internacional de proteção de refugiados seja verdadeiramente internacional e para que seja verdadeiramente efetivo, pois muitas vezes as medidas estabelecidas acabam por ter poucos efeitos/consequências práticos por se perderem nas teias burocráticas ou por falta de aplicação por parte dos Estados.

Relativamente à evolução das políticas europeias, apesar das muitas conquistas, têm-se registado também alguns recuos, que têm colocado em causa o apoio que a União Europeia poderia dar, inclusive a nível internacional, sobretudo desde 2014/2015.

O projeto do *global safety passport* poderia ser um instrumento fundamental para a diminuição real do número de pessoas traficadas e sujeitas a grandes violações de direitos humanos aquando da sua fuga, por terra, mar ou ar, dos países de origem para os países de acolhimento. Apesar das limitações deste instrumento (que não resolve muitos dos problemas associados à situação dos refugiados em geral nem à questão do acolhimento no país de destino), ele permitiria integrar, no sistema internacional de proteção dos refugiados, pessoas que atualmente se encontram fora dele.



No contexto atual da vida internacional e apesar de todos os progressos alcançados em matéria de asilo, receio que os Estados não estejam preparados (a nível político, social e estrutural) para ceder parte da sua soberania e aceitar este instrumento, de forma a que tenha consequências práticas e reais na vida e na proteção dos refugiados.

Concluo: para que haja uma real diminuição do sofrimento dos migrantes durante as suas viagens, é indispensável que a Comunidade Internacional, tanto ao nível das Nações Unidas como ao nível regional, se una e consiga chegar a um consenso quanto a algum instrumento para a proteção deste grupo de pessoas, independentemente de qual ele seja.

## REFERÊNCIAS

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. *A situação dos refugiados no mundo 2000: cinquenta anos de ação humanitária*. Nova Iorque: ACNUR, 2000.

AMNISTIA INTERNACIONAL. Acordo entre Líderes da EU da Turquia desfere um golpe mortal no direito a requerer asilo. 8 de março de 2016. Disponível em: <<https://www.amnistia.pt/acordo-entre-lideres-da-ue-e-da-turquia-desfere-um-golpe-mortal-no-direito-a-requerer-asilo/>>. Última consulta a: 11 jun. 2018.

CIERCO, Teresa. *A instituição de asilo na União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2010.

HUMAN RIGHTS WATCH. UE: Não envie os sérios de volta à Turquia. 20 de junho de 2016. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2016/06/20/291184>>. Última consulta a: 11 jun. 2018.

KINGSLEY, Patrick. A Nova Odisseia – A história da crise europeia dos refugiados. *The Guardian*, 2016.

LAFONT, Cristina. Sovereignty and International Protection of Human Rights. *The Journal of Political Philosophy*, v. 24, n. 4, p. 427 a 445, 2016.

MARINHO, Inês Filipa Pires. O direito de asilo na União Europeia: problemas e soluções. In: *Estudos de Direito Europeu e Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2005.

MIGRATION DATA PORTAL. Disponível em: <[https://migrationdataportal.org/?i=refug\\_host&t=2017&cm49=400](https://migrationdataportal.org/?i=refug_host&t=2017&cm49=400)>. Última consulta: dez. 2018.

MILOVANOVIC, Zlat. Refugees at real borders: legal and policy issues. In: *Papers from the 4th Annual International Conference in European Integration*, Ostrava, 2016.

MOLDOVAN, Carmen. Is the EU-Turkey Action Plan an effective or just an apparent solution to the refugee crisis? In: *CES Working Papers Vol. 9 Issue 3*, Centre for European Studies (CES), Alexandria, 2017.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. Disponível em: <<http://reporting.unhcr.org/node/2520?y=2015#year>>. Última consulta a: 11 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Towards a global compact on refugees: a roadmap. 17 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/58e625aa7>>. Última consulta a: 11 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. 2017. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/publications/legal/3d4aba564/refugee-protection-guide-international-refugee-law-handbook-parliamentarians.html>>. Última consulta a: 10 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. 3 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/557050fa4.html>>. Última consulta a: 10 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/publications/fundraising/528a0a2da/unhcr-global-appeal-2014-2015-lebanon.html?query=population>>. Última consulta a: 11 jun. 2018.

Submissão em: 17.04.2019

Avaliado em: 16.06.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 10.06.2019 (Avaliador C)

Avaliado em: 31.07.2019 (Avaliador D)

Aceito em: 13.08.2019



# LITERATURA E DIREITO<sup>1-2</sup>

## LITERATURE AND LAW

Stephan Kirste<sup>3</sup>

Doutor em Direito (UNI-FREIBURG, Freiburg im Breisgau, Alemanha)

**ÁREA(S):** análise literária do direito; crítica do direito; direito como literatura; direito na literatura; estudos jurídico-culturais; justiça poética; literatura como direito; literatura e direito; literatura no direito.

**RESUMO:** Já sabia Jakob Grimm que “Direito e Literatura possuem o mesmo berço”. Eles são, de fato, estreitamente conectados e influenciam um ao outro: o direito pode ser compreendido como uma forma de literatura, no momento em que analisamos sua consistência, por uma narração ou pelo estilo dos juristas. Encontramos diversos aspectos jurídicos na literatura, mais

proeminentemente em Kafka, mas, também, em Thomas Bernhard, que considerava “o mundo inteiro como uma enorme jurisprudência”. Além disso, podemos falar não apenas de direito na literatura, mas, de uma maneira mais prática, de literatura no direito, *e.g.*, no momento em que Cortes decidem sobre personagens fictícios de romances. Finalmente, a literatura pode alcançar uma espécie de justiça que o direito pode não alcançar. Este contexto normativo de direito e literatura mais abrangente é coberto por uma “justiça poética”. Direito e literatura, então, consistem em um projeto interdisciplinar que analisa o enraizamento cultural do direito.

<sup>1</sup> Título original: “Literatur und Recht”. Publicado em: E. Hilgendorf, J. C. Joerden (Hrsg.). *Handbuch Rechtsphilosophie*. DOI 10.1007/978-3-476-05309-1\_46, Springer-Verlag, GmbH Deutschland, 2017. p. 315-327.

<sup>2</sup> Tradução de Luís Marcos Sander. *E-mail*: sanderjeanne@terra.com.br.

<sup>3</sup> Habilitação para o magistério universitário (*venia legendi*) na Universidade de Heidelberg, Professor extraordinário na Universidade de Heidelberg, Professor Catedrático de Filosofia do Direito e Filosofia Social na Universidade de Salzburgo, Presidente da Seção alemã da Associação Internacional de Filosofia do Direito e Filosofia Social (IVR). *E-mail*: Stephan.Kirste@sbg.ac.at. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9853331140919981>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9944-8160>.

**ABSTRACT:** *Already Jakob Grimm knew that “Law and Literature rise from the same bed”. They are indeed closely connected and influence each other: Law can be understood as a form of literature, when we analyze its texture, take it as a narration or consider the style of lawyers. We find many legal aspects in literature, most prominently in Kafka, but also in Thomas Bernhard, who considered “the whole world to be an enormous jurisprudence”. Furthermore, we cannot only speak of law in literature, but in a more practical way of literature in law, e.g. when courts decide about the fictional character of novels. Finally, literature may achieve a kind of justice law may not. This broader normative context of law and literature is covered by “poetic justice”. Law and literature then is an interdisciplinary project that analyzes the cultural embeddedness of law.*

**PALAVRAS-CHAVE:** estudos jurídico-culturais; direito como literatura; direito na literatura; literatura no direito; justiça poética.

**KEYWORDS:** *cultural legal studies; law as literature; law in literature; literature in law; poetic justice.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Teoria de “direito e literatura” como enfoque interdisciplinar da ciência da cultura; 2 Direito como literatura; 3 Direito na literatura; 4 A literatura no direito; 5 Justiça poética; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Theory of “law and literature” as an interdisciplinary approach to the science of culture; 2 Law as literature; 3 Law in literature; 4 Literature in law; 5 Poetic justice; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

**A**tualmente, o tema “direito e literatura” é investigado a partir de quatro perspectivas principais: a mais estreita ligação entre direito e literatura existe onde o próprio direito é entendido como literatura e analisado pela ciência literária (“direito como literatura”). Tradicionalmente, o direito é compreendido como objeto de tratamento artístico na literatura (“direito na literatura”) Então, às vezes se trata também da proteção da atividade literária e artística, por exemplo, por parte dos direitos fundamentais ou do direito autoral (“literatura no direito”). Por fim, a literatura é entendida, a partir de uma perspectiva ética, como instrumento corretivo para uma justiça que o direito não pode produzir (“justiça poética”). Todas as quatro perspectivas fazem parte de um enfoque interdisciplinar que tem como objeto a conexão do direito com a cultura.

Para fazer jus a suas tarefas em uma sociedade complexa, a ciência jurídica precisa, além da elaboração profunda de suas características próprias (cf. Jestaedt, 2016), de uma orientação interdisciplinar (quanto às condições de uma interdisciplinaridade bem-sucedida, cf. Kirste, 2016 e 2009). Uma dessas pontes interdisciplinares com outras ciências pode ligá-la à literatura. Nesse caso, a cooperação pode explorar camadas profundas dos impactos morais, psicológicos e culturais do direito na sociedade. A ciência literária, porém, pode propor análises linguísticas estruturais do direito e, assim, contribuir ela própria para uma compreensão melhor do direito. Por isso, a presente contribuição procura integrar diversas teorias críticas, éticas e também pedagógicas – que são inicialmente expostas – a respeito da relação entre direito e literatura e avaliar sua respectiva importância relativa.

## 1 TEORIA DE “DIREITO E LITERATURA” COMO ENFOQUE INTERDISCIPLINAR DA CIÊNCIA DA CULTURA

*Enfoques na investigação de direito e literatura:* “Direito e literatura” não é, em todas as suas facetas, um tema jusfilosófico e, tampouco, sem exceção, um tema científico, embora esses limites sejam, muitas vezes, vistos como evanescentes. O efeito educativo da literatura para o senso de justiça dos juristas, por exemplo – salientado por Martha Nussbaum –, ocorre no âmbito extracientífico. A investigação do direito com os recursos da ciência literária (“direito como literatura”) é interdisciplinar do ponto de vista das ciências jurídicas, mas não é necessariamente jusfilosófica. A questão, entretanto, é controvertida: enquanto que Richard Posner defende uma distinção entre análise da teoria do direito ou dogmática jurídica e da ciência literária (Posner, 2009, p. 140 s.), as concepções crítico-sociais (Binder e Weissberg; White; West) propõem sua ligação estreita. Elas entendem “direito e literatura” como um enfoque que abrange todas as formas de crítica social, também a jusfilosófica (Binder, 2001, p. 1509 ss.). As questões dos métodos, das estruturas comuns e diferentes do direito e da literatura e as questões ético-jurídicas da “justiça poética” são, em todo caso, jusfilosóficas.

Na Alemanha, as origens da pesquisa da relação entre direito e literatura se situam no início do século XIX. Von Savigny – certamente também influenciado por sua proximidade pessoal para com o romantismo (Gerstenberg, 1954/55, p. 100) – entende o direito como parte do conjunto de uma cultura, que também compreende a língua, os costumes e a literatura. Jacob Grimm retoma essa

ideia em sua obra *Von der Poesie im Recht* [Da poesia no direito], de 1816. Jhering recorre, repetidamente, na fundamentação de sua noção de *Kampf um's Recht* [Luta pelo direito] e em *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* [O jocoso e o sério na ciência do direito], a abonações literárias (1886, p. 97). Na era positivista, Otto von Gierke colocou a pergunta a respeito do *Humor no Direito alemão* (*Humor im deutschen Recht*, 1867). Com Josef Kohler tem início, então, uma série, que ainda perdura, de investigações sobre o direito na literatura para a qual também contribuíram filósofos e teóricos do direito, como Gustav Radbruch (1997); Thomas Würtenberger (1941); Erich Fechner (1952); Carl August Emge (mais como aforista [Müller-Dietz, 1990, p. 79 ss.]); Alfred Verdross (1961, p. 518); Erik Wolf (1946), que, com seu conceito de “pensadores do direito”, defendeu um enfoque amplo de filosofia do direito e, por isso, conseguiu incluir literatos da Antiguidade e do presente; Georg Jellinek (1911, p. 213 ss.); Adolf Merkel (1939, p. 67 ss.); Arthur Kaufmann (1987, 1991); Wolfgang Schild (1996); Reinhard Merkel (1994), para mencionar apenas alguns (cf. a bibliografia de Sprecher, 2011, p. 124 ss.). O trabalho do historiador do direito Hans Fehr, intitulado *O direito na poesia* (*Das Recht in der Dichtung*), de 1931, também foi importante. Contribuições sobre o “direito como literatura” permaneceram, inicialmente, casos isolados (por exemplo, Triepel, 1947).

Entrementes, o centro da atividade de pesquisa sobre “direito e literatura” migrou para os EUA. O tema é amplamente discutido não só no entorno dos *Critical Legal Studies*, de caráter sociocrítico (por exemplo, Binder e Weisberg, 2000; Douzinas, 1991, 1994), e da *Feminist Law and Literature Criticism* (Ward, 1994, p. 133 ss.), mas também entre os adeptos da corrente *Law and Economics* (Richard Posner, 2000, 2009; de forma crítica, Binder, 2001, p. 1509 ss.), entre os liberais que retomam o pensamento de John Rawls (Nussbaum, 1995); e, indo além deles (Dworkin, 1985, p. 146 ss.), entre os culturalistas (Kahn, 1999) e outros. No âmbito da língua alemã, um tratamento coeso do tema ainda não foi feito, apesar da discussão mais longa do tema “direito na literatura” (agora, porém, cf., por exemplo, Kilcher, Mahlmann e Müller-Nielaba, 2013; Hiebaum, Knaller e Pichler, 2015). Na Europa central, ele é tratado de modo cientificamente exigente, em especial no entorno de uma teoria pós-moderna da literatura e do direito (Hofmann, 2007). As correntes filosóficas mais recentes do existencialismo e da hermenêutica (Heidegger, Gadamer), da desconstrução (Geyer-Ryan, 1995, p. 247 ss.; Derrida, 1992; Balkin, 2005, p. 719 ss.), do estruturalismo (Barthes, 2000, p. 185 ss.; Foucault), de pós-estruturalistas (Couzens Hoy, 1985, p. 136 ss.), do

pragmatismo (Kevelson, 1992, p. 189 ss.) (Dewey, Rorty) e da pós-modernidade (Douzinas, 1991; Gibson, 1999) exerceram influência sobre o movimento. Um equivalente em língua alemã para a abordagem *Law as Literature* nos EUA e com numerosos paralelos com ela é, no âmbito da língua alemã, a *Teoria estruturante do direito (Strukturierende Rechtslehre)* de Friedrich Müller (cf. apenas 1990, p. 120 s.; 1995; 2012, p. 379 s.).

Direito e literatura” é a tentativa de uma abordagem das ciências humanas ou da cultura nas ciências jurídicas. Ambos os objetos são formas simbólicas que se devem à força criadora de mundo e à força poética do ser humano. Mesmo que os recursos que elas usam sejam distintos, seu produto é, não obstante, uma realidade cultural peculiar que se destaca da natureza. Assim, o direito aparece em sua proposição, sua interpretação e sua implementação como resultado de um poder conformador livre que, em uma outra forma, também produz literatura.

No direito e na literatura, a ficção se torna realidade, e mais: uma “realidade intensificada”: ambos não só reproduzem a “realidade”, mas também a desenvolvem, problematizam e projetam realidades alternativas – a literatura, entre outras coisas, em utopias; o direito em programas finalistas e outras pré-disposições normativas para o futuro. A literatura consegue expor aspectos do “lado interno” do direito e do ser humano que permanecem cerrados para o direito (Sprenger, 2012, p. 130).

Nesse sentido, porém, o enfoque da ciência da cultura não se refere apenas a um contexto de “alta” cultura do direito, buscado, por exemplo, pelos neokantianos (Kirste, 2015, p. 95 ss.; 2008, p. 47 ss.). A partir da perspectiva sociológica e antropológica se visa, pelo contrário, também à comunicação jurídica em subculturas. De igual maneira, assim como não existe uma única cultura, também existem distintas pretensões de validade jurídico-normativa.

*Interdisciplinaridade:* Do ponto de vista da teoria dos sistemas, o tema “direito e literatura” diz respeito ao sistema do direito, ao sistema da arte e ao sistema da ciência. Ele pode designar a relação de dois objetos de pesquisa, a relação do objeto dos juristas práticos com o objeto dos escritores ou, por fim, perspectivas entrecruzadas da análise da ciência literária a respeito da atividade prática dos juristas ou da análise justeórica do direito e da literatura. Nesse sentido, a perspectiva não é idêntica à pertença a uma faculdade: justamente



juristas e cientistas do direito utilizam métodos literários na pesquisa da relação entre direito e literatura (Lüderssen, 2002, p. 25).

Para que os cientistas do direito e da literatura possam se ocupar com o objeto principal da respectiva disciplina, é necessária uma abordagem de pesquisa interdisciplinar (mais detalhes em Kirste, 2016, p. 35 ss.). Isso representa uma oportunidade e, ao mesmo tempo, um perigo para “direito e literatura”: oportunidades resultam da exploração do tema sobre o pano de fundo de uma ciência humana ou da cultura de caráter humanista. O perigo reside no diletantismo interdisciplinar mútuo, como o chama Richard Posner (2009, p. 6 s.). Quanto a isso, faz sentido distinguir entre a investigação do direito com métodos específicos da ciência jurídica (dogmática jurídica) e outras pesquisas que investigam o direito como objeto de pesquisa segundo os métodos das mais diversas disciplinas (Dunlop, 1991, p. 68). O atrativo e o ganho cognitivo do tema “direito e literatura” residem no cruzamento de fronteiras (Müller-Dietz, 1990). Isso implica, por um lado, a observação do que acontece com o objeto cognitivo chamado direito no tratamento artístico, na perspectiva da ciência literária e nos impulsos éticos liberados pela forma artística e o que eles produzem; por outro lado, a descoberta de que, fora dos gêneros literários conhecidos, no direito se encontra mais um gênero ou ao menos um tipo de texto que pode ser verificado com vistas a esses gêneros e problematizado com vistas a questões comuns (White, 1990, p. 19). Um problema central, nesse sentido, é encontrar uma linguagem comum que seja compreensível para cientistas literários e juristas (Pichler, 2015, p. 15 ss.).

*Objetivos e métodos:* Os interesses cognitivos que subjazem à pesquisa do direito e da literatura são muito heterogêneos. A partir de uma perspectiva normativa, visa-se, por exemplo, à crítica social: *literary criticism of law* (crítica literária do direito) (Binder e Weisberg, 2000, p. 18). Assim, a partir dessa abordagem os instrumentos críticos da teoria literária devem ser aplicados ao direito e à ciência jurídica para avaliá-los como fenômeno cultural e político. Quanto a isso, o projeto é deliberadamente interdisciplinar no sentido da aplicação dos métodos das ciências humanas a um objeto das ciências sociais. Normas jurídicas, instituições e argumentos jurídicos são, então, investigados dessa maneira. Assim, “direito e literatura” se entende como movimento ideológico contrário a *Law and Economics* de Richard Posner, por exemplo (Binder e Weisberg, 2000, p. ix, 5 s.).

O tratamento do tema “direito e literatura” é favorecido por alguns aspectos metodológicos comuns (Weitin, 2010, p. 41). Von Savigny já era de opinião que o direito e a literatura tinham pontos de partida metodológicos semelhantes. Ambos visariam reconstruir o pensamento original do autor. Entretanto, tanto em um país quanto em outro se coloca, entretantes, a pergunta sobre o que é decisivo: o horizonte de compreensão do autor (teoria subjetiva; nos EUA: *Originalists/Textualists*), do receptor, ou a referência à situação social (teoria objetiva; nos EUA: *Interpretivists*) (Hiebaum, Knaller e Pichler, 2015). Também na ciência literária existem abordagens funcionalistas ou abordagens que partem mais do indivíduo e entendem a literatura como expressão dele. A perspectiva do leitor e sua importância para a criação de literatura, contudo, só se tornaram o foco de atenção mais tarde (Binder e Weisberg, 2000, p. 7).

*Os objetos de “direito e literatura”*: Além dos interesses cognitivos e métodos, dentro da área temática do direito e da literatura se pode fazer uma diferenciação segundo objetos do conhecimento científico. No tema “direito na literatura” é o direito na forma artística da literatura; no “direito como literatura”, o direito e na “literatura no direito” é a literatura nas formas e nos procedimentos do direito.

A principal dificuldade da investigação interdisciplinar do direito e da literatura deve consistir nas compreensões diferentes de ambos os objetos nas ciências literárias e jurídicas. Enquanto que, na jurisprudência, o direito é entendido, inicialmente, como norma, para as abordagens da ciência literária ele é “texto” ou “narrativa” (Nossack, 1968, p. 26). Embora a literatura também faça reivindicações normativas, o modo de funcionamento e a legitimação dessas reivindicações normativas se diferenciam radicalmente das normas do direito originadas em procedimentos normatizados e implementados em procedimentos normatizados (Weitin, 2010, p. 20, 84). Mesmo que, com isso, a teoria jurídica investigue sistematicamente o caráter vinculativo e seu dever-ser e a ciência literária analise o direito em conexão com outras narrativas e, por exemplo, recursos estilísticos nelas costumeiros, essas perspectivas não se excluem.

O conceito de “literatura” se ampliou consideravelmente no decorrer dos últimos 40 anos no presente contexto. Originalmente, os objetos de análise eram sagas, contos (Laeveren, 2001), narrativas, poesia e peças de teatro. Entretantes, também se incluem o cinema (Neuenschwander-Magalhães, 2012, p. 91 ss.), a música, o espaço e a cultura em geral (Olson, 2015, p. 41 s.). Também, as normas e os procedimentos jurídicos que são interpretados pela ciência literária se

estendem desde direitos antigos, pouco formalizados até ordenamentos jurídicos modernos, fortemente fragmentados. Se, então, a literatura se caracteriza mais por momentos reprodutivos, idealizantes, construtivos, psicológicos ou (onomatopaico-)pictóricos e criativos é algo que varia de acordo com os gêneros literários, as intenções dos autores e, também, é avaliado de formas distintas na ciência literária.

	<b>Interesse cognitivo</b>	<b>Método</b>	<b>Objeto</b>
Direito como literatura	Estruturas comuns, crítica do direito	Da ciência literária	Direito
Direito na literatura	Ampliação cognitiva do direito	Da ciência literária	Direito em forma artístico-literária
Literatura no direito	Decisões jurídicas corretas sobre a literatura	Do direito	Literatura em forma jurídico-positiva
Literatura como direito	Crítica literária do direito	Literário-artístico	Literatura com a reivindicação de validade jurídica
Justiça poética	Melhoria da ética jurídica	Da ciência literária	Reivindicações de correção do direito em forma artístico-literária

Raramente a própria filosofia do direito se torna objeto da análise da teoria literária. Robin West empreendeu a tentativa de entender filosofias do direito como objetos estéticos. Em termos de tipos ideais, ela distingue comédia (noção liberal, otimista de uma ligação entre o direito e a moral), romance (direito natural, no espectro que vai de Gladstone até o transcendentalismo), tragédia (noções estáticas, “demoníacas” [Hobbes] de uma separação entre o direito e a moral) e, por fim, ironia (noções positivistas e resignativas da separação entre o direito e a moral; também a concepção de *Law and Economics* de Posner se situa aqui) (West, 1985, p. 145 ss.). Além disso, também a própria filosofia do direito é escrita, de maneira performativa, como literatura artística, ou seja, o objeto é aplicado à própria forma da observação (exemplos em Pichler, 2015, p. 29 s.).

## 2 DIREITO COMO LITERATURA

### 2.1 A ANÁLISE LITERÁRIA DO DIREITO

Segundo Heidegger, a língua ou linguagem é a “casa do ser” e, com isso, também da literatura e do direito (Heidegger, 2000, p. 5). A abordagem

do “direito como literatura” entende o direito como parte do conjunto da cultura constituída linguisticamente. A linguagem, portanto, não é meramente um instrumento do direito, mas sua forma constituinte. Ela própria, por sua vez, não é um meio fixado objetivamente, mas também adquire sua forma pelo falar. Talvez Peter Goodrich tenha formulado da maneira mais radical e crítica a conexão – por muito tempo negligenciada – do direito como literatura: “O direito é literatura que nega suas qualidades literárias [...] ele é, em suma, uma fala ou escrita que esquece a violência da obra e o terror ou jurisdição do texto” (Goodrich, 1996, p. 112).

Quando o direito é analisado como literatura, métodos da ciência literária são aplicados ao direito e ambos são verificados com vistas à existência de semelhanças estruturais. Segundo essa perspectiva, o direito se torna parte da realidade social construída de forma linguística e também retórica e pode ser entendido a partir dessa realidade social. Compreender o direito como literatura lembra, então, continuamente o caráter artificial da cultura (White, 1985a, p. 240 s.). A prática é literária porque produz sentido novo em forma estética a partir de material social (Binder e Weisberg, 2000, p. 26 s.). Por conseguinte, o processo, o acórdão e a execução não são apenas atos interpretativos ou performativos de normas preexistentes, mas produzem, eles próprios, novas realidades linguísticas e expressam reivindicações de validade (Lüderssen, 1991, p. 15).

Nessa perspectiva, o direito é entendido não como uma espécie de normas, e sim como uma espécie de linguagem, como narrativa. Ele não é um texto fixo de uma vez por todas, mas precisa ser produzido continuamente de maneira nova: só no uso das palavras se mostra o significado do direito. Com o fim do texto como portador de significado, porém, morre também o autor (Barthes, 2000, p. 185 s.; Müller, 2012, p. 414, 452). Só quando o direito excede a si mesmo e chega até seu fundamento, a linguagem, o direito também chega até a justiça para os desconstrutores pós-modernos (Hofmann, 2007, p. 25 s.).

Entender o direito desse modo, como construção literária, o reaproxima dos outros sistemas parciais da sociedade. Justamente com a popularização da cultura do cotidiano o próprio direito também é popularizado, e o direito em romances policiais e de tribunal é interpretado de maneira não menos, mas talvez até mais impactante, levando em consideração o senso de justiça, do que em comentários jurídicos (Miller, 2003, p. 161 ss.). Assim, a desformalização dos efeitos do direito e da literatura na sociedade corresponde à interdisciplinaridade teórica da ciência jurídica e da ciência literária.

Muitos dos conhecimentos aqui obtidos contribuem para a teoria dos métodos da ciência e prática jurídica. Eles mostram, por exemplo, as condições linguísticas do trabalho com textos jurídicos, bem como formas retóricas e outras formas de argumentação. Por meio da relação com a retórica, a abordagem literária na ciência jurídica se torna parte de uma jurisprudência humanística.

## **2.2 A NARRATIVE TURN**

No início dos anos 1980, esboçou-se nas ciências da cultura um desenvolvimento que se poderia designar como *narrative turn* (West, 1993). Segundo essa virada narrativa, o paradigma narrativo tem um significado quase universal que também abarca o direito (Olson, 2015, p. 42). Ao passo que Posner, por exemplo, supõe que os dois universos estejam em grande parte separados, West, Cover e Dworkin procuram demonstrar que o direito é uma forma de literatura narrativa e que, para a compreensão de ambos, são necessárias as capacidades fundamentalmente iguais do ser humano (Binder e Weisberg, 2000, p. 287).

Em sentido material, os textos jurídicos são interpretados como as grandes narrativas produtoras de sentido do ser humano em uma sociedade (Lewis, 1991, p. 19 s.). Disso faz parte também a compreensão do ser humano como *homo narrans*. O direito aparece, então, como um mundo social imaginado. Segundo Robert M. Cover, as instituições jurídicas não poderiam ser interpretadas independentemente de narrativas (Cover, 1983, p. 4 ss.). Essas narrativas confrontam toda hermenêutica jurídica com a dimensão do sentido. Elas deixam claro que o direito não é apenas um cânone de normas, mas um mundo no qual vivemos e a partir do qual devemos entender normas. Isso se torna particularmente nítido no caso de constituições, pelas quais uma comunidade política dá uma unidade a si mesma (Limbach, 2013, p. 27 s.). Os preâmbulos estão, com efeito, repletos de tais molduras narrativas que visam deixar claro para o intérprete a partir de que espírito a parte normativa subsequente deve ser entendida (Häberle, 1998, p. 920 ss.). Neles se narram mitos fundacionais, constrói-se história com intenção legitimadora e se imagina um futuro para cuja consecução a Constituição presente visa servir.

Nesse caso, a narratividade também vale para a orientação do próprio comportamento normativo, como supõe Alasdair MacIntyre: “Só posso

responder a pergunta ‘O que devo fazer?’ se posso responder a pergunta anterior ‘De que história ou histórias eu me sinto parte?’” (MacIntyre, 1985, p. 201).

Em sentido formal, visa-se entender acórdãos, arrazoados, documentos administrativos, depoimentos de testemunhas, confissões (*Seibert*), códigos de leis e codificações como espécies de narrações. Eles são examinados esteticamente (Geray, 2001) e retoricamente em relação aos recursos estilísticos e expressões retóricas que empregam (*Seibert*, 2005, p. 461 ss.). A reconstrução judicial dos fatos, a partir disso, aparece como decisão autoritativa de concorrências narrativas (*Binder e Weisberg*, 2000, p. 261 s.). Coleções de fichas avulsas, por sua vez, são expressão simbólica da mutabilidade do direito (*Augsberg*, 2009, p. 129 s.). Aliás, os juízes se tornam autores ou dramaturgos (*McKenna*, 1981, p. 40 s.) que escrevem histórias a várias mãos. A perspectiva alterada em comparação com a perspectiva jurídica é óbvia (*Binder e Weisberg*, 2000, p. 204).

### 2.3 O PROCESSO COMO ENCENAÇÃO DE CONFLITOS IDENTITÁRIOS

Em processos se visa investigar o direito e a literatura em sua representação, como *book in action*, como se poderia dizer a partir da distinção realista do direito em *law in books* e *law in action* (*Levinson*, 1998, p. 122 s.). Diferentemente da perspectiva artística do “direito na literatura”, nesse caso o foco está na contribuição científica para o conhecimento jurídico. Assim, pode-se mostrar como em processos ocorre uma assunção de papéis, que não servem à representação do sujeito autêntico, e encenações de um personagem que servem à melhor forma de influenciar o desfecho favorável. O processo expressa o caráter retórico do direito. Formas de discurso jurídico são utilizadas como meios de representação com intenção literária e para a construção de uma realidade própria: o processo revela não só a verdade jurídica, mas também uma verdade pessoal, que não é objeto da argumentação jurídica. Por causa do princípio da oralidade, o processo judicial se transforma em drama: como Lessing viu nisso, por causa da expressão imediata do ser humano, a mais elevada forma de literatura, assim a imediatidade do princípio da oralidade assegura que até mesmo o mais extenso conteúdo de autos precise ser expresso como linguagem no processo (*Weitin*, 2010, p. 20). Por um lado, os procedimentos judiciais levam a um estreitamento das possibilidades decisórias; por outro, contudo, a perspectiva literária mostra os potenciais criativos do direito – distintos de

imposições econômicas e jurídicas aparentes ou reais - e as concepções de mundo aí geradas (Binder e Weisberg, 2000, p. 507).

O processo, particularmente o processo penal, torna-se aqui um drama simbólico encenado em que se oferecem, disputam e conquistam preferências e valores sociais (Biet, 2005, p. 2303 ss.). Histórias diferentes travam uma disputa mútua e são, por fim, decididas autoritativamente (1984, p. 273). Aqui se travam na sala do tribunal conflitos culturais e identitários, como, por exemplo, no processo contra o “carniceiro de Lyon”, Klaus Barbie, na França (Binder e Weisberg, 2000, p. 483 ss.).

## 2.4 DIREITO COMO TEXTO

Assim como na literatura o formulário do texto ainda não é o significado do texto, da mesma maneira no direito o texto da norma ainda não é a norma (Felder, 2003, p. 25, Müller, 1990, p. 133). Ela precisa ser elaborada. O texto é o ponto de partida central dessa produção de significado. “Tudo o que os juízes e outros tomadores de decisões jurídicas podem fazer é ler, ouvir, falar, escrever, assinar: todas são ações linguísticas e escritas; sempre texto, texto e texto”, escreve Friedrich Müller acertadamente (Müller, 2001, p. 26). Dessa observação, White (1982, p. 415) tira a seguinte conclusão: “O jurista e o crítico literário, como leitores de textos, deparam-se com dificuldades e desfrutam de oportunidades que são muito mais parecidas do que poderia parecer à primeira vista: em um sentido profundo, creio eu, elas são verdadeiramente as mesmas”. Ambos estão de acordo de que os textos legislativos se calam. Com isso, o juiz de fato se torna a boca da lei, não porque ele enuncie o que já foi dito na lei, mas porque, antes de mais nada, o expressa linguisticamente (Augsberg, 2007, p. 27 ss.). Ele é o “construtor da norma jurídica”. Não são as palavras do texto que contêm o significado; este resulta, isto sim, do uso pragmático - também guiado por regras e convenções - da língua. O texto não é um “recipiente da norma jurídica”, como escreve Friedrich Müller, e sim “rota migratória de interpretações concorrentes” (Müller, Christensen e Sokolowski, 1997, p. 19, 37 ss.).

Os textos, por sua vez, estão inseridos em paratextos e hipertextos (Vesting, 2015). Os paratextos não são simplesmente textos jurídicos básicos. Deles fazem parte, antes, transmissões em vídeo de negociações legislativas e debates judiciais. Elas influenciam não só a recepção do direito, mas também já sua formulação.

## 2.5 ESTILO E RETÓRICA

Investigar o direito como literatura significa também reencontrar no direito formas estilísticas e figuras retóricas conhecidas a partir da literatura e criticá-lo com base nisso ou avaliá-lo em sua efetividade particular (Posner, 1995, p. 1.421 s.). Em estreita referência à retórica jurídica e à análise linguística se pesquisa, por exemplo, o estilo do discurso judicial (Seibert, 2004).

Nesse sentido, o que está em pauta não é apenas a estética jurídica, como já mostrou Benjamin Cardozo (1939, p. 119 ss.). Não só os literatos, mas também os juristas enfatizaram repetidamente a necessidade de uma formulação clara das leis (por exemplo, sobre Rui Barbosa no Brasil: Laferl, 2013, p. 273). Ela é uma exigência do Estado de direito (segurança jurídica) e da democracia (Klein, 2004, p. 197 ss.). A questão de uma codificação ser formulada na linguagem dos autores clássicos de um país ou em linguagem coloquial é uma questão jurídica da mesma maneira como o é a questão da possibilidade de acórdãos serem redigidos em forma de poesia. Portanto, não é só a literatura que tem força de normatização da língua ou linguagem, mas, inversamente, o direito também tem uma função normatizante para a linguagem jurídica.

Também se define o gênero literário. Assim, por exemplo, Ronald Dworkin conta a argumentação e forma de relato da jurisprudência entre as “*chain novels*” [romance a várias mãos ou romance em capítulos escritos por autores diferentes] (Dworkin, 1986, p. 228-250). Assim, os acórdãos judiciais são entendidos como parte de um processo histórico para a elaboração de textos, em relação aos quais o primeiro intérprete sempre tem a maior margem, enquanto que a margem narrativa dos demais intérpretes se estreita cada vez mais sob o imperativo da coerência. Embora isso tenha sido objeto de crítica (Posner, 2009, p. 320), com efeito eles estão, ao menos factualmente, vinculados, em termos de tema e estilo, aos textos da interpretação, mas, do ponto de vista jurídico, só se houver uma vinculação a precedentes. A isso se acrescentam restrições institucionais dos textos subsequentes em função da tramitação dos processos.

## 2.6 LIMITES

Entender o direito como literatura significa também ampliar o contexto interpretativo do direito. O direito como norma, no entanto, procede justamente a uma restrição deste contexto. O direito é norma normatizada. Se se interpreta o direito como narrativa com as abordagens do “direito como literatura”, então ela se distingue de outras narrativas pelo fato de seu surgimento e conteúdo



serem formados por normas superiores. Isso não vincula a interpretação artística ou científica, mas essa compreensão ameaça camuflar o sentido – e também a realização cultural – que consiste na restrição normativa.

Isso também se aplica à seleção das narrativas determinantes: enquanto que ela está canonizada no direito, isto não ocorre na literatura. Pode haver uma concorrência juspluralista de ordenamentos jurídicos, mas é o próprio direito que decide qual deles pode, com razão, reivindicar validade. Na literatura falta um mecanismo comparável a esse.

De qualquer modo, é evidente que o juiz deveria ser reservado no tocante a uma redação poética de seus acórdãos. Um limite é, em todo caso, a compreensibilidade, opina Stanley Fish (1990, p. 138). Entretanto, a redação de um acórdão em forma de poesia só não entra em cogitação quando viole a dignidade e, com isso, cometa um erro processual (Tribunal Estadual do Trabalho de Hamm, Acórdão de 21.2.2008-8 Sa 1736/07, BeckRS 2008, 53988. O Tribunal do Trabalho de Detmold [3 Ca 842/07] tinha redigido o acórdão em forma de rimas).

### **3 DIREITO NA LITERATURA**

#### **3.1 “DIREITO NA LITERATURA” E “LITERATURA COMO DIREITO”**

Como uma espécie de resposta ao enfoque do “direito como literatura”, Thomas Bernhard escreve o seguinte: “O mundo é inteiramente jurídico, jurídico de cabo a rabo, como vocês talvez não saibam. O mundo não passa de uma única e enorme jurisprudência” (1979, p. 162). Enquanto que “direito como literatura” significa a análise do direito com recursos da ciência literária, o “direito na literatura” é a representação do direito com recursos artísticos nas mídias literárias de escritos, músicas ou filmes ou, ainda, de outras visualizações (Danziger, 2009; cf. o projeto “As mídias do direito” de Vesting). Entrementes, trabalhos escritos sobre o direito na literatura enchem bibliotecas inteiras.

O escritor ou dramaturgo transforma artisticamente problemas jurídicos em literatura. O jurista que se ocupa com o direito nessa forma estranha a pergunta se não pode aprender algo dessa transformação para seu trabalho. Ele procurar o direito não junto ao legislador, mas ao poeta (Gerstenberg, 1954/55, p. 99). Visa-se, portanto, a uma ampliação dos conhecimentos jurídicos do direito mediante seu aprofundamento literário.

Os literatos escrevem não só sobre a forma do direito como instrumento de coerção e opressão ou liberdade (“[...] e só a lei pode nos dar liberdade” [Goethe, *Natur und Kunst*, p. 129]). Eles também escrevem histórias jurídicas que a vida do direito não precisa ter escrito e as narram a partir de uma perspectiva que não é acessível ao direito. Nesse caso, juristas como juízes, advogados e promotores se tornam heróis assim como pessoas acusadas, réus, etc. (Sprecher, 2011, p. 322 ss.). A duração excessiva de processos, punições justas e injustas, burocracia, processos civis espetaculares, discriminações por causa de religião, raça, gênero, etc. são dramatizados. Atos ilícitos, como crimes, corrupção, fraude, conspirações e os motivos que levaram a eles se encontram no foco da atenção de narrativas literárias. Mas também se tematizam as consequências de processos para as vítimas ou os autores de crimes. Não raro, as questões jurídicas só são usadas como isca para o leitor se entusiasmar com uma história que, na verdade, trata de problemas que se encontram por trás do caso jurídico (Posner, 2009, p. 40).

Já desde a Antiguidade o direito foi um assunto fascinante para a literatura e, como tal, retroagia sobre o direito: a *Luta pelo direito*, de Rudolf von Jhering, inspirou Karl Emil Franzos a escrever um romance que, por sua vez, foi usado por von Jhering como ilustração em edições posteriores de seu livro (Höfler, 2015, p. 198).

A própria literatura, porém, também pode se tornar um processo como que judicial sobre o direito: a crítica da literatura (e de outros tipos) se torna um processo (Goltschnigg, 1999, p. 115 ss.). Então, não é o direito que é entendido como literatura, mas, inversamente, a literatura é entendida como direito – a saber, como “direito” liberto de ordens processuais rigorosas. O fato de essa libertação também possuir aspectos negativos pode se mostrar em condenações prévias de autores de delitos na mídia. Com os *Court-room Trials* surgiu, não só na cultura popular americana (Papke, 1999, p. 471 ss.), uma mídia que aproveita as possibilidades do processo para exacerbações dramáticas de conflitos pessoais. Diferentemente da cobertura midiática da sala do tribunal, onde se coloca, sob a palavra-chave “direito como literatura”, a questão da influência exercida pela mídia sobre o processo, neste caso se cria, inversamente, um palco jurídico artificial para conflitos em última análise extrajurídicos sob o manto do direito. Portanto, a “literatura como direito” se distingue do “direito como literatura” pela forma artística, e nem pela forma da ciência literária nem pela forma da ciência jurídica. Pertencente, por conseguinte, à área temática “direito na

literatura”, ela se distingue das formas anteriores pelo fato de não só apresentar conflitos jurídicos com suas consequências extrajurídicas (matéria jurídica) em forma literária, mas de retomar artisticamente a própria forma jurídica.

### **3.2 JUSTIFICAÇÃO E CRÍTICA LITERÁRIA DO DIREITO**

A literatura se relaciona com o direito de maneira condensada. Ela documenta ou comenta o que acontece em processos em *Court-TVs*, matérias sobre tribunais, ou destaca aspectos exemplares, problematiza fenômenos típicos, ilustra as exceções ou exagera coisas normais. As convicções assim despertadas podem ser usadas para uma crítica ou justificação do direito, juntando-se à crítica e justificação filosófica e sociológica. Assim, na atividade judicial dos tribunais americanos, entre 1970 e 2005, Kafka foi citado cerca de 400 vezes, para, com isso, criticar estruturas burocráticas (Potter, 2005, p. 195). Quando se tematizam questões jurídicas em forma literária, às vezes isso é usado para fundamentar o direito, inclusive autores que não têm pretensões filosóficas. Recorrem-se tanto a dramas da Antiguidade (*Antígona*; Ost, 2004) quanto a literatura moderna para expor a diferença entre direito natural e direito positivo (White, 1996; Schmon, 2007).

Isso se torna problemático quando a hermenêutica da literatura ocupa o lugar da justificação sistemática do direito, como no caso de Posner. Em vez de explorar aspectos complementares do direito que não são acessíveis à jurisprudência e à filosofia, a realização específica delas é suprimida. Entretanto, a literatura pode atingir o ser humano de maneira mais direta e profunda, por ser mais ilustrativa do que é possível para argumentos filosóficos e jurídicos e, assim, influenciar factualmente a compreensão do direito, o desenvolvimento do direito e as noções da legitimação do direito.

### **3.3 O EFEITO EDUCATIVO DE REPRESENTAÇÕES LITERÁRIAS DO DIREITO**

“Atualmente é um lugar-comum afirmar que os advogados e teóricos do direito têm muito a aprender da literatura”, escreve Robin West (1985, p. 145). Uma das principais preocupações das abordagens de “direito e literatura” é a melhoria da formação jurídica (Ward, 1995, p. 23). Elas enfatizam, de modo mais acentuado do que o fazem os positivistas, a necessidade da ampliação das qualidades hermenêutica, política, estética, retórica e empática do jurista, bem como a capacidade para a crítica. A literatura pode alcançar os efeitos

pretendidos do direito de outra forma e também efeitos diferentes daqueles pretendidos pelo direito ou possíveis para ele.

Pretende-se que a literatura gere e aprofunde o entendimento prático do assunto, percepções do efeito social do direito, melhoria moral, empatia social e capacidade de crítica entre futuros juristas (Nussbaum, 1995, p. 121). A leitura pode intensificar a objetividade do ato de julgar pela aquisição do hábito de trocar de perspectiva, por exemplo, a perspectiva do criminoso ou da vítima. Assim, ocupar-se com a literatura pode gerar compreensões prévias que, como se sabe, são imprescindíveis como ponto de partida da hermenêutica jurídica. Além disso, pretende-se que narrativas também contribuam diretamente para o conhecimento do direito ao demandarem que o horizonte profissional fortemente focado reflita sobre sua própria ação mediante posturas incomuns, parábolas, metáforas, ficções e outras figuras estilísticas. Nesse caso se examinam as consequências de decisões jurídicas a partir de figuras literárias substitutas para proporcionar um desafoço emocional às pessoas afetadas.

Por fim, James B. White salienta que, assim como o ato de falar não existe em função do mero conhecimento das leis da língua, da mesma maneira o teor e a sistemática do texto de uma lei não significam ainda a realização do direito (1985b, p. 58 s.). Nesse caso, a interdisciplinaridade teórica tem sua correspondência na busca de uma linguagem dos juristas que também possa ser entendida pelos destinatários de suas normas.

### 3.4 LIMITES

Também existem limites para o que os juristas possam fazer ao levarem em consideração o tratamento literário de questões jurídicas. Eles resultam, mais uma vez, dos vínculos normativos aos quais está submetido ao menos quem pratica o direito. O direito regulamenta com bastante precisão a posição dos agentes públicos e suas competências e cria – como no caso da independência dos juízes – espaços de liberdade para possibilitar a objetividade da ação jurídica. Em contraposição a isso, o escritor é juridicamente livre, mas de fato dificilmente está exposto a influências e coerções filtradas (Binder e Weisberg, 2000, p. 19).

Muitos textos – literários, científicos e também jurídicos – pretendem mudar a realidade. Entretanto, os textos de direito prático se distinguem de outros textos literários pelo fato de que o fundamento, o alcance e os procedimentos da mudança estão fixados normativamente. Isso pode acarretar percepções seletivas de processos políticos e jurídicos por parte de escritores que

seguem seus próprios critérios, mas não os critérios jurídicos (Häberle, 1983). A coerência das “narrativas” jurídicas também segue vinculações diferentes – jurídicas – da coerência autoimposta das narrativas literárias. Mas o atrativo da comparação reside justamente no contraste entre as duas (Jackson, 1988).

Por fim, também se deve levar em conta que a seleção das obras das quais se esperam estímulos para o direito segue, muitas vezes, a preferência subjetiva ou histórica e não pode, por isso, fazer qualquer reivindicação objetiva (Dunlop, 1991, p. 93 s.). Acaso os autores americanos e, no melhor dos casos, ingleses utilizados no debate do tema *Law and Literature* podem realmente nos dar estímulos proveitosos para o sistema jurídico continental?

De modo geral, o limite do direito e da literatura é dado pela estrutura formal do direito: suas “histórias” surgiram em procedimentos normatizados por meio de autores definidos normativamente como competentes para isso e são interpretadas e executadas sob condições normativamente limitadas. Isso também não deixa o conteúdo delas intocado.

#### 4 A LITERATURA NO DIREITO

A exigência de um ordenamento regrado da literatura era um interesse da filosofia do iluminismo, que pretendia libertar todo o agir humano, por meio de um ordenamento legal, de elementos naturais e arbitrários, e melhorá-lo. Se, segundo Gottsched (*Versuch einer Critischen Dichtkunst vor die Deutschen*, de 1729), de fato se pudessem estabelecer regras rigorosas segundo as quais a literatura poderia ser distinguida de outros fenômenos, disso se seguiriam também a verificação e a censura da literatura pelo direito.

O tema “literatura no direito” diz respeito à literatura em forma de direito, geralmente em forma de direito positivo. De fato, contudo, o que está em pauta nos acórdãos ou nas sentenças não é a arte, e sim a avaliação jurídica da arte (Weber, 2002, p. 2 ss.). Essa avaliação ocorre segundo normas jurídicas, e não segundo padrões da ciência literária. Na decisão tomada pelo Tribunal Constitucional Federal sobre o romance *Esra*, o que estava em pauta não era a delimitação de literatura, não literatura ou literatura ruim, e sim a solução de um conflito de normas entre a liberdade artística e o direito da personalidade (BVerfGE, 119, 1 ss., 30).

Antes de mais nada, porém, o tema “literatura no direito” diz respeito à proteção da literatura e também contra a literatura. A proteção frente à

literatura diz respeito, por exemplo, à proteção da juventude e aos direitos da personalidade. Neste contexto iríamos longe demais se quiséssemos tratar mais de perto da questão – levantada, por exemplo, pela decisão do Tribunal Constitucional Federal no caso do romance mencionado – sobre até que ponto deve ir a alteração de um personagem literário em relação a um ser humano que está vivo, embora justamente nesse caso também se abordem questões fundamentais do tratamento jurídico da literatura: uma ficcionalização débil, como, por exemplo, em um *roman à clef*, pode levar a limites jurídicos mais estreitos do que a ficção científica? Hoffmann-Riem fala, nesse caso, em favor da proteção da literatura frente ao direito da personalidade, de uma “suposição em favor da ficcionalidade” (BVerfGE, 119, 1, p. 48).

“A literatura no direito”, entretanto, também concerne justamente à proteção da realização artística. Essa realização é protegida, em relação a terceiros, pelo direito autoral e, de modo geral, pelo direito da propriedade intelectual. Em relação ao Estado e, indiretamente, também a outros cidadãos, porém, os direitos fundamentais, e nesse caso especialmente a liberdade artística, têm um papel central. Nesse caso, rupturas entre a argumentação do direito e a da ciência literária são previsíveis (Weitin, 2010, p. 12).

## 5 JUSTIÇA POÉTICA

A justiça poética é ética jurídica em forma literária. Com uma certa autoironia, Richard Rorty afirma que “a filosofia ironista não fez e não fará muito em favor da liberdade e da igualdade. Mas [...] a ‘literatura’, bem como a etnografia e o jornalismo, estão fazendo muito” (1989, p. 94). A literatura poderia fomentar muito melhor a compreensão mútua e a solidariedade dela resultante.

Nesse caso se expressa em forma literária uma justiça que o direito realiza em casos avulsos e que, com sua forma rigorosa e seu conteúdo conciliatório, não pode produzir. “A evocação e conscientização simultâneas do anseio de que a promessa de justiça absoluta seja cumprida em um mundo secularizado, em que nada mais garante o cumprimento dessa promessa, seriam hoje em dia a justiça poética” (Günther, 2010, p. 18). Nesse caso, *erínias* ou golpes do destino tomam o lugar de processos jurídicos ou os completam e vingam os crimes (Wolf, 1950, p. 58 ss.).

Por meio do ato de sofrer junto com protagonistas, por meio da curva de tensão, a partir do sofrimento substitutivo por causa da injustiça pode-se

desencadear uma espécie de processo catártico que, por sua vez, pode levar à confrontação com inclinações próprias a um comportamento injusto e a uma purificação sem que ocorra necessariamente uma efetivação dessas inclinações (Sherwin, 1996, p. 1023 ss.). Assim, a literatura pode ampliar o sentimento de direito orientado pelo direito positivo e transformá-lo em um sentimento de justiça. Isso se aplica especialmente a tragédias que exponham problemas éticos da existência humana.

Retomando o pensamento de Walt Whitman e em uma confrontação efetivamente crítica com o filósofo social Richard Posner, Martha Nussbaum desenvolveu a concepção de um juiz poético (Nussbaum, 1995, especialmente p. 79 ss.). O juiz deve fazer uso irrestrito de suas capacidades jurídicas, mas, de modo complementar, recorrer também às possibilidades cognitivas ampliadas da poesia. Pretende-se, particularmente, que os muitos pontos cegos de caráter social que o pensamento jurídico disciplinar traria consigo sejam removidos e, também, contribuir para que a ciência jurídica saia de sua torre de marfim. Portanto, ao passo que o juiz clássico julgaria sem fazer acepção de pessoas, o juiz poético deve imaginar e levar em consideração as circunstâncias concretas de vida das pessoas atingidas – o “drama humano”. Com base nas exposições concretamente moldadas de caracteres ou situações sociais, o jurista aprenderia a se aprofundar também emocionalmente em situações, sem perder sua independência.

Os limites dessa abordagem são colocados, no caso dessa ética literária do direito, não pela ciência jurídica, e sim pelo teórico da literatura Friedrich Schiller:

A jurisdição do palco começa onde finda o domínio das leis profanas. Quando a justiça cega, a peso de ouro, e vive na fortuna, a soldo do vício, quando os crimes dos poderosos escarnecem de sua impotência e o temor humano tolhe o braço da autoridade, o teatro assenhora-se da espada e da balança e arrasta os vícios para diante de um terrível tribunal. [...] Assim como é certo que a apresentação visível tem um efeito mais poderoso do que a letra morta e a narrativa fria, da mesma maneira é certo que o teatro tem um efeito mais profundo e duradouro do que a moral e as leis. (1904, p. 93 s.)

Entretanto, a justiça poética só pode complementar o direito estabelecido e implementado em procedimentos normativamente ordenados, mesmo que esse próprio direito seja entendido, com ganho cognitivo, como literatura.

## CONCLUSÃO

O direito e a literatura fazem, portanto, parte do conjunto da cultura geralmente constituída de maneira linguística. Mas os dois influenciam essa cultura de formas distintas – o direito enquanto expressão da autonomia privada ou política dos sujeitos jurídicos em procedimentos mais ou menos formais, e a literatura a partir da liberdade do autor. Ambos influenciam essa cultura por meio da interpretação do destinatário de normas e de produtos literários. A presente contribuição procura organizar e apresentar essa interação dialética entre elementos diferentes e comuns do direito e da literatura e da ciência jurídica e da literária. A análise do direito feita pela ciência literária nos ajuda a entender melhor estruturas linguísticas, retóricas e outros tipos de estruturas expressivas do direito (o direito como literatura). O direito na literatura pode, muitas vezes, elucidar efeitos psíquicos e sociais mais profundos do direito de um modo melhor do que é possível para a ciência e prática jurídicas. Nesse sentido, o tratamento literário do direito também constitui uma ampliação apropriada da formação jurídica. Os problemas da literatura no direito têm um caráter mais prático, quando está em pauta a proteção da liberdade do autor frente aos direitos de personalidade de personagens de um conto ou narrativa, por exemplo. Por fim, a literatura pode remeter a dimensões da justiça que o direito deixa de lado e talvez também precise deixar de lado porque elas ultrapassam sua possível responsabilidade pelas consequências (“justiça poética”). Sem o direito, a ciência literária não só perderia um assunto importante, mas também desconsideraria gêneros literários como acórdãos ou sentenças e leis; sem as ciências literárias, a ciência jurídica seria mais pobre tanto na análise de seu objeto – as normas jurídicas – quanto de seus impactos sociais. Portanto, ambas são remetidas uma para a outra dentro da análise do conjunto da cultura, como Jakob Grimm constatou já em 1816.

## REFERÊNCIAS

AUGSBERG, Ino. *Die Lesbarkeit des Rechts: Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie*. Weilerswist, 2009.



BALKIN, Jack M. Deconstruction's legal career. *Cardozo Law Review*, v. 27, p. 719-740, 2005.

BARTHES, Roland. Der Tod des Autors. Trad. Matias Martinez. In: JANNIDIS, Fotis et al. (Ed.). *Texte zur Theorie der Autorschaft*. Stuttgart, 2000. p. 185-193.

BERNHARD, Thomas. Ist es eine Kommödie? Ist es eine Tragödie? In: *Die Erzählungen*. Frankfurt a. M., 1979.

BIET, Christian: Tragedy of the scaffold, tragedy of the trial: Tragedy, representation of the public, innermost conviction, and personal judgments. *Cardozo Law Review*, v. 26, p. 2303 ss., 2005.

BINDER, Guyora. The poetics of the pragmatic: What literary criticisms of law offers Posner. *Stanford Law Review*, v. 53, p. 1509-1539, 2001.

BINDER, Guyora; WEISBERG, Robert. *Literary Criticisms of Law*. Princeton, 2000.

CARDOZO, Benjamin N. Law and literature. *Columbia Law Review*, v. 39, p. 119-137, 1939 (reprodução de *Yale Law Review*, 1925).

COUZENS HOY, David. Interpreting the law: Hermeneutical and poststructuralist perspectives. *Southern California Law Review*, v. 58, p. 136-176, 1985.

COVER, Robert. Nomos and narrative. *Harvard Law Review*, v. 97, p. 4-68, 1983.

DANZIGER, Christine. *Die Medialisierung des Strafprozesses*. Berlin, 2009.

DERRIDA, Jacques. Before the Law. In: *Acts of Literature*. New York, 1992.

DOUZINAS, Costas; WARRINGTON, Ronnie. *Postmodern Jurisprudence: The Law of Text in the Texts of Law*. London, 1991.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Justice Miscarried: Ethics, Aesthetics and the Law*. Hempstead, 1994.

DUNLOP, C. R. B. Literature studies in law school. *Cardozo Studies in Law and Literature*, v. 3, p. 63-110, 1991.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge MA, 1985.

\_\_\_\_\_. *Law's Empire*. Cambridge MA, 1986.

FECHNER, Erich. *Recht und Politik in Adalbert Stifters Witiko: Stifters Beitrag zur Wesensbetrachtung des Rechts und zur Charakterologie und Ethik des politischen Menschen*. Tübingen, 1952.

FEHR, Hans. *Das Recht in der Dichtung*. Bern, 1931.

FELDER, Ekkehart. *Juristische Textarbeit im Spiegel der Öffentlichkeit*. Berlin, 2003.

---

FISH, Stanley. *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric and Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. Oxford, 1990.

GEAREY, Adam Pierre. *Law and Aesthetics*. Oxford, 2001.

GERSTENBERG, Ekkehard. Das Recht in der Dichtung: Einführung in die Literatur und Bibliographie. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 41, p. 98-109, 1954/55.

GEYER-RYAN, Helga. Recht, Literatur und Dekonstruktion. In: KLEIN, Wolfgang; NAUMANN-BEYER, Waltraud (Ed.). *Nach der Aufklärung? Beiträge zum Diskurs der Kulturwissenschaften*. Berlin, 1995. p. 247-261.

GIBSON, Andrew. *Postmodernity, Ethics and the Novel: From Leavis to Levinas*. London, 1999.

GIERKE, Otto von. *Der Humor im deutschen Recht*. Berlin, 1867.

GOETHE, Johann Wolfgang von. Natur und Geist. In: *Goethes Werke*. Hg. im Auftrag der Großherzogin Sophie von Sachsen. Seção I, v. 4. Weimar, 1891 (reimpressão: München, 1987).

GOLTSCHNIGG, Dietmar. Das essayistische Pamphlet als Strafprozess – Kraus über Heine. In: RAVY, Gilbert; BENAY, Jeanne (Ed.). *Satire, parodie, pamphlet, caricature en Autriche a l'époque de François-Joseph (1848-1914)*. Rouen, 1999. p. 115-131.

GOODRICH, Peter. *Law in the Courts of Love: Literature and Other Minor Jurisprudences. The Politics of Language*. London/New York, 1996.

GRIMM, Jakob. Von der Poesie im Recht. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, v. 2, p. 25-99, 1816.

GÜNTHER, Klaus. Poetische Gerechtigkeit in Recht und Literatur – Max Frischs Homo Faber. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 1, p. 8-19, 2010.

HÄBERLE, Peter. *Das Grundgesetz der Literaten: Der Verfassungsstaat im (Zerr?) Spiegel der Schönen Literatur*. Baden-Baden, 1983.

\_\_\_\_\_. Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen. In: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. 2. ed. Berlin, 1998. p. 920-961.

HEIDEGGER, Martin. *Über den Humanismus*. Frankfurt a. M., 2000.

HIEBAUM, Christian; KNALLER, Susanne; PICHLER, Doris (Ed.). *Recht und Literatur im Zwischenraum/Law and Literature In-Between: Aktuelle inter- und transdisziplinäre Zugänge/Contemporary Inter- and Transdisciplinary Approaches*. Bielefeld, 2015.

HÖFLER, Günther A. Aspekte der Poetischen Gerechtigkeit als einer Konstituente des literarischen Erwartungshorizonts. In: HIEBAUM, Christian et al. (Ed.). *Recht und Literatur im Zwischenraum/Law and Literature In-Between: Aktuelle inter- und transdisziplinäre*

Zugänge/Contemporary Inter- and Transdisciplinary Approaches. Bielefeld, 2015. p. 189-206.

HOFMANN, Gert. *Figures of Law: Studies in the Interferences of Law and Literature*. Basel, 2007.

JACKSON, Bernard S. *Law, Fact, and Narrative Coherence*. Liverpool, 1988.

JELLINEK, Georg. Die Idee des Rechts im Drama in ihrer historischen Entwicklung. In: JELLINEK, Georg. *Ausgewählte Schriften und Reden*. Berlin, 2 v., v. I, 1911. p. 213 ss. (reimpressão: Aalen, 1970).

JESTAEDT, Matthias. Rechtswissenschaft als normative Disziplin. In: KIRSTE, Stephan (Ed.). *Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften – Innen- und Außenperspektiven*. Berlin: Duncker & Humblot, 2016. p. 103-117 (Philosophie und Recht, 1).

JHERING, Rudolf von. *Der Kampf um's Recht*. 8. ed. Wien, 1886.

KAHN, Paul. *The Cultural Study of Law*. Chicago, 1999.

———. *Law and Love: The Trials of "King Lear"*. New Haven CT, 2000.

KAUFMANN, Arthur. *Beziehungen zwischen Recht und Novellistik*. Stuttgart, 1987.

———. *Recht und Gnade in der Literatur*. Stuttgart, 1991.

KEVELSON, Roberta. Property as rhetoric in law. *Cardozo Studies in Law and Literature*, v. 4, p. 189-206, 1992.

KILCHER, Andreas; MAHLMANN, Matthias; MÜLLER NIELABA, Daniel (Ed.). *Fechtschulen und phantastische Gärten: Recht und Literatur*. Zürich, 2013.

KIRSTE, Stephan. Der Beitrag des Rechts zum kulturellen Gedächtnis. *ARSP*, v. 94, p. 47-69, 2008.

———. Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft. In: KIRSTE, Stephan et al. (Ed.). *Wert und Wahrheit in der Rechtswissenschaft*. Stuttgart, 2015. p. 90-113.

———. Voraussetzungen von Interdisziplinarität der Rechtswissenschaften. In: KIRSTE, Stephan (Ed.). *Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften: Ein interdisziplinärer und internationaler Dialog*. Berlin, 2016. p. 35-85.

———. A genuína contribuição da ciência do direito para um discurso interdisciplinar. *Revista da Faculdade de Direito Mauricio de Nassau*, Recife, v. 4, p. 281-297, 2009.

———. Voraussetzungen der Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften. In: KIRSTE, Stephan (Ed.). *Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften – Innen- und Außenperspektiven*. Berlin: Duncker & Humblot, 2016. p. 35-87 (Philosophie und Recht, 1).

KLEIN, Wolfgang. Ein Gemeinwesen, in dem das Volk herrscht, darf nicht von Gesetzen beherrscht werden, die das Volk nicht versteht. In: LERCH, Kent D. (Ed.). *Recht verstehen: Verständlichkeit, Missverständlichkeit und Unverständlichkeit von Recht*. Berlin, 2004. p. 197-203.

KOHLER, Josef. *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*. Würzburg, 1883.

LAEVERENZ, Judith. *Märchen und Recht: Eine Darstellung verschiedener Ansätze zur Erfassung des rechtlichen Gehalts der Märchen*. Frankfurt a. M., 2001.

LAFERL, Christopher. Die schöne Sprache des Rechts – Rui Barbosa und der Streit um den brasilianischen Código Civil. In: LIEB, Claudia; STROSETZKI, Christoph (Ed.). *Philologie als Literatur- und als Rechtswissenschaft: Germanistik und Romanistik 1730-1870*. Heidelberg, 2013. p. 273-286.

LEVINSON, Sanford. Some (brief) reflections about law and literature. *Cardozo Studies in Law and Literature*, v. 10, p. 121-123, 1998.

LEWIS, William. Law's tragedy. *Rhetoric Society Quarterly*, v. 21, p. 11-21, 1991.

LIMBACH, Jutta. Recht und Poesie. In: KILCHER, Andreas et al. (Ed.). *Fechtschulen und phantastische Gärten: Recht und Literatur*. Zürich, 2013. p. 27-36.

LÜDERSEN, Klaus. *Produktive Spiegelungen*. Frankfurt a. M., 1991.

\_\_\_\_\_. Die Juristen und die schöne Literatur: Stufen der Rezeption. In: WEBER, Hermann (Ed.). *Annäherungen an das Thema "Recht und Literatur"*: Bd. 1: Recht, Literatur und Kunst in der Neuen Juristischen Wochenschrift. Baden-Baden, 2002. p. 22-37.

MCKENNA, James A. III. The judge as dramatist. *ALSA Forum*, v. 5, p. 40, 1981.

MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. Notre Dame, 1985.

MERKEL, Adolf. Friedrich Schiller und der Staat. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, v. XVIII, p. 67-96, 1939.

MERKEL, Reinhard. *Strafrecht und Satire im Werk von Karl Kraus*. Baden-Baden, 1994.

MILLER, William Ian. Clint Eastwood and equity: Popular culture's theory of revenge. In: SARAT, Austin; KEARNS, Thomas R. (Ed.). *Law in the Domains of Culture*. Ann Arbor, 2003. p. 161-203.

MÜLLER, Friedrich. Notiz zur Strukturierenden Rechtslehre. In: CHRISTENSEN, Ralph (Ed.). *Müller, Friedrich – Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*. Berlin, 1990. p. 120-134.

\_\_\_\_\_. *Strukturierende Rechtslehre*. 2. ed. Berlin, 1994.

\_\_\_\_\_. *Demokratie in der Defensive – funktionelle Abnutzung – soziale Exklusion – Globalisierung*. Ed. Ralph Christensen. Berlin, 2001.

\_\_\_\_\_. *Syntagma*. Berlin, 2012.

\_\_\_\_\_; CHRISTENSEN, Ralph; SOKOLOWSKI, Michael. *Rechtstext und Textarbeit*. Berlin, 1997.

MÜLLER-DIETZ, Heinz. *Grenzüberschreitungen: Beiträge zur Beziehung zwischen Literatur und Recht*. Baden-Baden, 1990.

NEUENSCHWANDER-MAGALHÃES, Juliana. Law and cinema – knowing law through art. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie-Beiheft*, n. 127, p. 91-99, 2012.

NONET, Philippe. Antigone's law. *Law, Culture and the Humanities*, v. 2, p. 314-348, 2006.

NOSSACK, Hans Erich. *Das Verhältnis der Literatur zu Recht und Gerechtigkeit*. Wiesbaden, v. 2, 1968.

NUSSBAUM, Martha C. *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*. Boston, 1995.

OLSON, Greta. Futures of law and literature – A preliminary overview from a culturalist perspective. In: HIEBAUM, Christian et al. (Ed). *Recht und Literatur im Zwischenraum/Law and Literature In-Between: Aktuelle inter- und transdisziplinäre Zugänge/Contemporary Inter- and Transdisciplinary Approaches*. Bielefeld, 2015. p. 37-70.

OST, François. *Antigone voilée*. Bruxelles, 2004.

PAPKE, David R. Conventional wisdom: The courtroom trial in American popular culture. *Marquette Law Review*, v. 82, p. 471-489, 1999.

PICHLER, Doris. Law and literature: Some reflections upon the nature of its interdisciplinarity. In: HIEBAUM, Christian et al. (Ed.). *Recht und Literatur im Zwischenraum/Law and Literature In-Between: Aktuelle inter- und transdisziplinäre Zugänge/Contemporary Inter- and Transdisciplinary Approaches*. Bielefeld, 2015. p. 15-36.

POSNER, Richard A. Judges' writing styles (and do they matter?). *University of Chicago Law Review*, v. 62, p. 1421-1426, 1995.

\_\_\_\_\_. What has modern literary theory to offer law? *Stanford Law Review*, v. 53, p. 195-208, 2000.

\_\_\_\_\_. *Law and Literature*. 3. ed. Cambridge MA, 2009.

POTTER, Parker B. Ordeal by trial: Judicial references to the nightmare world of Franz Kafka. *Pierce Law Review*, v. 3, p. 195-330, 2005.

- RADBRUCH, Gustav. Wilhelm Meisters sozialistische Sendung. In: KLENNER, Hermann (Ed.). *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*: Bd. 5: Literatur- und kunsthistorische Schriften. Heidelberg, 1997. p. 174-196.
- RORTY, Richard. *Contingency, Irony and Solidarity*. Cambridge, 1989.
- SCHILD, Wolfgang. *Schuld und Unfreiheit*: Gedanken zu Strafjustiz und Psychoanalyse in Leonhard Franks "Die Ursache". Baden-Baden, 1996.
- SCHILLER, Friedrich. Die Schaubühne als moralische Anstalt betrachtet. In: HELLEN, Eduard von der (Ed.). *Schillers Sämtliche Werke*: Säkular-Ausgabe in 16 Bänden. Stuttgart, v. II, 1904 ss. p. 91 ss.
- SCHMON, Simone E. *Machtspruch und Gesetzesherrschaft*: Das Staatsverständnis in Heinrich von Kleists "Prinz Friedrich von Homburg". Köln, 2007.
- SEIBERT, Thomas-Michael. *Gerichtsrede, Wirklichkeit und Möglichkeit im forensischen Diskurs*. Berlin, 2004.
- \_\_\_\_\_. Aktuelle Stile der Gerichtsrede. In: LERCH, Kent D. (Ed.). *Recht verhandeln*: Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Berlin, 2005. p. 461-478.
- SHERWIN, Richard K. Cape fear: Law's inversion and cathartic justice. *University of San Francisco Law Review*, v. 30, p. 1023-1050, 1996.
- SPRECHER, Thomas. *Literatur und Recht*: Eine Bibliographie für Leser. Frankfurt a. M., 2011.
- SPRENGER, Gerhard. *Literarische Wege zum Recht*. Baden-Baden, 2012.
- TRIEPEL, Heinrich. *Vom Stil des Rechts*: Beiträge zu einer Aesthetik des Rechts. Heidelberg, 1947.
- VERDROSS, Alfred. Recht, Staat und Reich in der Dichtung Grillparzers. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, v. 12, p. 518-530, 1961.
- VESTING, Thomas. *Medien des Rechts*: Computertechnologie. Weilerswist, 2015.
- WARD, Ian. *Law and Literature*. Cambridge, 1995.
- \_\_\_\_\_. Law and literature: A feminist perspective. *Feminist Legal Studies*, v. 2, p. 133-158, 1994.
- WEBER, Hermann. *Juristen als Dichter*: Recht, Literatur und Kunst in der Neuen Juristischen Wochenschrift. Baden-Baden, 2002.

WEITIN, Thomas. Der Auftritt des Zeugen: Zeichenprozesse zwischen Literatur und Recht. *Deutsche Vierteljahresschrift für Literaturwissenschaft und Geistesgeschichte*, v. 83, p. 179-190, 2009.

\_\_\_\_\_. *Zeugenschaft: Das Recht der Literatur*. München, 2009.

\_\_\_\_\_. *Recht und Literatur*. Münster, 2010.

WEST, Robin. Jurisprudence as narrative: An aesthetic analysis of modern legal theory. *New York University Law Review*, v. 60, p. 145-211, 1985.

\_\_\_\_\_. *Narrative, Authority, and Law*. Ann Arbor, 1993.

WHITE, James B. Law as language. *Texas Law Review*, v. 60, p. 415-445, 1982.

\_\_\_\_\_. *The Legal Imagination*. Chicago, 1985a.

\_\_\_\_\_. *Heracles' Bow*. Madison, 1985b.

\_\_\_\_\_. *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism*. Chicago, 1990.

WHITE, Robert S. *Natural Law in English Renaissance Literature*. Cambridge, 1996.

WITTEWEEN, Willem J. Law and literature: Expanding, contracting, emerging. *Cardozo Studies in Law and Literature*, v. 10, p. 155-160, 1998.

WOLF, Erik. *Der Rechtsgedanke Adalbert Stifters*. Frankfurt a. M., 1941.

\_\_\_\_\_. *Vom Wesen des Rechts in deutscher Dichtung (Hölderlin, Stifter, Hebel, Droste)*. Frankfurt a. M., 1946.

\_\_\_\_\_. *Griechisches Rechtsdenken I*. Frankfurt a. M., 1950.

WÜRTEMBERGER, Thomas. *Die deutsche Kriminalerzählung*. Erlangen, 1941.

\_\_\_\_\_. Wahrheit und Rechtsgesetz in Goethes Weltbild. In: BOCKELMANN, Paul et al. (Ed.). *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*. Frankfurt a. M., 1969. p. 37-53.

\_\_\_\_\_. Satire und Karikatur in der Rechtsprechung. *Neue Juristische Wochenschrift*, v. 21, p. 1144-1151, 1983.

Submissão em: 10.07.2019

Avaliado em: 21.08.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 24.07.2019 (Avaliador B)

Aceito em: 26.08.2019

# AUTORREGULAÇÃO, AUTORREGULAMENTAÇÃO E AUTORREGULAMENTAÇÃO REGULAMENTADA NO CONTEXTO DIGITAL<sup>1-2</sup>

*SELF-REGULATION, SELF-REGULAMENTATION AND REGULATED SELF-  
-REGULAMENTATION IN THE DIGITAL CONTEXT*

**Wolfgang Hoffmann-Riem<sup>3</sup>**

Professor Emérito de Direito Público da Universidade de Hamburgo (UHH,  
Hamburgo, Alemanha)

**ÁREA(S):** direito e tecnologia; direito e internet; direito da regulação.

**RESUMO:** O presente texto inicia com uma visão panorâmica sobre o estado atual de desenvolvimento dos serviços digitais, seguido de observações sobre a economia da internet, abordando os responsáveis pela estruturação da comunicação na internet. Tal estruturação é levada a efeito de modo apenas muito limitado na forma de uma regulação soberana pela legislação nacional ou pelo direito internacional. Em contraste, formas

de autoestruturação/organização e autorregulação assumem um papel-chave no desenho de modelos de negócio, assim como de serviços técnicos e de conteúdo e, em especial, nas relações jurídicas entre as empresas e os usuários dos serviços, que podem ser utilizados apenas se o usuário adere aos termos e às condições negociais gerais impostos pelas empresas. Tais circunstâncias facilitam a criação de assimetrias de poder que ameaçam e colocam em risco a viabilidade de mercados e a proteção dos interesses individuais e coletivos.

<sup>1</sup> Tradução de versão atualizada do texto Selbstregelung, Selbstregulierung und regulierte Selbstregulierung im digitalen Kontext. In: FEHLING, Michael; SCHLIESKY, Utz (Hrsg.). *Neue Macht- und Verantwortungsstrukturen in der digitalen Welt*, Baden-Baden, p. 27-51, 2016.

<sup>2</sup> Tradução de Luís Marcos Sander. *E-mail*: sanderjeanne@terra.com.br.

<sup>3</sup> Professor de Direito Público na Bucerius Law School em Hamburgo. Ex-Juiz do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. *E-mail*: whoffmann-riem@gmx.de. Currículo: <<https://www.law-school.de/deutsch/lehre-forschung/professorinnen-und-professoren/prof-dr-wolfgang-hoffmann-riem/>>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1085-6673>.



**ABSTRACT:** *The article opens with an overview of the current state of the development of digital services, followed by remarks on the internet economy, and then addresses where the responsibility lies for the structuring of internet communication. This structuring is accomplished to only a very limited extent in the form of sovereign regulation by national legislatures or international law. By contrast, forms of self-structuring and self-regulation play a key role in the design of business models as well as technical and content services and, in particular, in the legal relationships between companies and the users of the services. The services can be used only if users agree to the general business terms and conditions unilaterally specified by the companies. Such circumstances facilitate the creation of power asymmetries, which jeopardises the viability of markets and the protection of individual and collective interests.*

**PALAVRAS-CHAVE:** auto-organização; autorregulação; autorregulamentação; autorregulamentação regulada; internet.

**KEYWORDS:** *self-organization; self-regulation; self-regulation; regulated self-regulation; internet.*

**SUMÁRIO:** 1 Sobre os conceitos; 2 Sobre o estado do desenvolvimento de tecnologias digitais e sua utilização; 3 Observações complementares; 4 Auto-organização – Autorregulação – Autorregulamentação – Autorregulamentação regulada pela sociedade ou pelo Estado (exemplos); 5 Observação final.

**SUMMARY:** *1 Definitions; 2 The stage of development and application of information technologies; 3 Complementary remarks; 4 Self-organization – Self-regulation – Self-regulation – regulated (by the State and Society) self-regulation (examples); 5 Final remarks.*

## 1 SOBRE OS CONCEITOS

**E**sta contribuição trata da influência individual-privada, social e estatal na organização e participação na comunicação digital. Tomando em consideração o local em que vivo, os exemplos provêm substancialmente do ordenamento jurídico e social da Alemanha. Entretanto, os problemas e as possibilidades de solução perceptíveis por sua análise também devem ser significativos em outros ordenamentos. As soluções, contudo, precisam levar em consideração as respectivas particularidades culturais e históricas.

As reflexões formuladas na sequência dizem respeito principalmente à comunicação na internet. A internet é um sistema sociotecnológico complexo

que funciona, em grande parte, de modo autorregulatório<sup>4</sup>. Ela consiste, por um lado, de uma infraestrutura tecnológica da articulação de redes de computadores mediante utilização do protocolo TCP/IP e mediante o emprego de algoritmos digitais. Por outro, trata-se de uma infraestrutura direcionada para a ação social. Nesse caso, são utilizados particularmente conhecimentos e capacidades humanas para a produção e reprodução de comunicação e para a interação.

Uma das características da internet – assim como de outras esferas da comunicação digital – é o desejo de muitos atores de agir de modo tão autônomo quanto possível. O que lhes interessa é a auto-organização e – se for preciso – a possibilidade mesmo da autorregulação. Mas também existem possibilidades e necessidades de regras que tenham efeito geral, seja em forma de autorregulação privada/regulação social, seja em forma de regulação por parte do Estado.

Por auto-organização (*Selbstgestaltung*) entendo medidas individuais ou conjuntamente empreendidas para a realização de objetivos por comportamento autônomo próprio. Os produtos de autodesign no setor de TI são, por exemplo, os *e-mails* ou *blogs* distribuídos por cidadãos individuais ou *softwares* desenvolvidos de forma colaborativa, mas também os modelos de negócios desenvolvidos e implementados pelas empresas de TI.

Para tais atividades, existem algumas regras comportamentais autodesenvolvidas, como compromissos morais ou éticos autoimpostos ou regras dos participantes em um processo ou produto sobre a natureza de sua interação, o que designo de autorregulação (*Selbstregelung*), por exemplo, dos códigos de conduta. Por meio da autorregulação também podem ser criadas instituições ou organizações – como é o caso, entre outros, de associações – para representar os interesses dos membros ou para cumprir por intermédio delas ou para elas tarefas orientadas para o bem comum.

Na medida em que o estabelecimento de regras sociais não só influencia o comportamento das pessoas que participam do estabelecimento delas, mas também outras pessoas reconhecem essas regras para si e, neste sentido, as regras têm efeito geral, utilizo o termo *autorregulamentação social*. Aqueles que desejam observar as regras – p. ex., normas técnicas ou padrões de comportamento –

---

<sup>4</sup> Quanto à importância da internet como sistema sociotecnológico auto-organizado, veja a contribuição de C. Fuchs, *The internet as a self-organizing socio-technological system*. Human Strategies in Complexity Research Paper. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/apcity/unpan025288.pdf>>.

podem se comprometer com essa observância juridicamente, p. ex., mediante contrato. Os interessados também podem permanecer juridicamente não vinculados às regras, mas esperar a sua observância mútua e o descumprimento pode ser sancionado por meios sociais, como o rompimento de relações comerciais ou a perda de reputação por parte de quem viola as regras.

Entretanto, o termo “regulação” (*Regulierung*)<sup>5</sup> é reservado, na maioria dos casos, apenas para intervenções do Estado em processos sociais que, com um objetivo específico, estabelecem diretrizes gerais de comportamento, as quais criam ou mantêm estruturas funcionais para resolver problemas específicos.

Falo de *autorregulamentação social regulada pelo Estado*, ou, em termos breves, de *autorregulação/autorregulamentação regulada/regulamentada*<sup>6</sup> quando órgãos estatais confiam, para a solução de problemas, nas ordens criadas com (relativa) autonomia pelos membros da sociedade, mas atuam regulatoriamente de modo que, quando isso é feito, (também) se observem ou persigam deliberadamente fins relacionados ao bem comum. A influência do Estado pode acontecer de forma extremamente diversificada, p. ex., na forma de normas ou estímulos comportamentais, por meio do estabelecimento de estruturas – como as de natureza corporativa – ou pela viabilização e apoio de sistemas funcionais da sociedade, como o mercado.

## 2 SOBRE O ESTADO DO DESENVOLVIMENTO DE TECNOLOGIAS DIGITAIS E SUA UTILIZAÇÃO

O campo da comunicação digital aqui tratado se caracteriza, não em último lugar, pelo fato de que os avanços são muito dinâmicos e de que as novas formas de comunicação digital e as oportunidades e riscos associados surgem constantemente, o que dá ou pode dar lugar a diferentes necessidades de criação e regulação. Mesmo em análises jurídicas, deve-se ter em conta os diferentes aspectos do desenvolvimento e as múltiplas interdependências dos avanços tecnológicos, as estruturas econômicas e os possíveis usos.

<sup>5</sup> Quanto ao conceito de regulação estatal, cf. Eifert, *Regulierungsstrategien*, in: Hoffmann-Riem; Schmidt-Aßmann; Voßkuhle (ed.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*: Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organization, 2. ed., 2012, § 19, n. 16 et seq.

<sup>6</sup> Quanto ao termo e à concepção de autorregulação regulada, bem como suas diversas versões e aplicações, veja Voßkuhle, *Regulierte Selbstregulierung – Zur Karriere eines Schlüsselbegriffs*, in: *Die Verwaltung*, número especial: *Regulierte Selbstregulierung*, p. 197 et seq., 2001. Veja ainda Eifert, 2012 (n. 2), n. 52 et seq. De uma perspectiva histórica, veja as contribuições contidas em Collin et al. (ed.), *Regulierte Selbstregulierung in der westlichen Welt des 19. und frühen 20. Jahrhunderts*, 2014.

Não é possível empreender aqui uma exposição da multiplicidade de possibilidades na estruturação e ampliação do “universo digital”. Limito-me a algumas palavras-chave em caráter exemplificativo:

- informatização e digitalização da comunicação;
- mobilidade da comunicação digital e possibilidade de processamento de informações praticamente em todo lugar e a qualquer tempo (*ubiquitous computing*);
- novas possibilidades de colaboração mediante divisão do trabalho sem vinculação a um determinado espaço, p. ex., por meio de *crowdworkers* ou *clickworkers*;
- armazenamento de dados em computadores de terceiros em qualquer lugar (*cloud computing*);
- informatização da produção e distribuição de produtos e serviços, bem como a interconexão e controle automatizado, p. ex., de centros de produção, de utensílios ou aparelhos domésticos ou veículos (internet das coisas);
- controle de infraestruturas importantes – p. ex., infraestruturas do trânsito, p. ex., do fluxo do trânsito em ruas ou estradas;
- articulação de sistemas de TI para processamento de *softwares* com os sistemas da produção industrial e distribuição e com capacidade de auto-otimização, autodiagnóstico e autocorreção (indústria 4.0);
- disponibilidade de quantidades enormes de dados de espécie, qualidade e proveniência diversa, associada à possibilidade de um processamento rápido (*big data*);
- transferência e processamento de dados pessoais da *smart home* ou no marco da utilização de *smart healthcare products*;
- ampliação da inteligência artificial para a conformação/criação de comunicação digital, para a exploração de *big data*, p. ex., e, por conseguinte, viabilização de novas qualidades de prognósticos, de identificação de tendências e do desenvolvimento de estratégias e campanhas nela baseadas, p. ex., para influenciar atitudes valorativas e, também, do comportamento em eleições políticas;

- desenvolvimento e utilização de algoritmos de autoaprendizagem, p. ex., do aprendizado mecânico com a capacidade desses algoritmos de perceber padrões, avaliar imagens, traduzir linguagem em textos escritos, gerar regras ou elaborar prognósticos; a isso se acrescentam sistemas de TI cada vez mais complexos, que se adaptam de forma independente a novos problemas e situações sem necessidade de programação humana e podem continuar atualizando e reescrevendo os programas por conta própria (*deep learning*).

### 3 OBSERVAÇÕES COMPLEMENTARES

Ocupar-se com os desenvolvimentos tecnológicos e seus diversos campos de aplicação e com problemas jurídicos daí decorrentes leva a uma multiplicidade de áreas em que se apresentam problemas, entre as quais algumas serão abordadas expressamente aqui.

#### 3.1 OPORTUNIDADES E RISCOS

O rápido desenvolvimento de tecnologias digitais e de sua utilização é estimulado pelo fato de que, com a ajuda delas, surgiram e continuam surgindo possibilidades antes sequer imaginadas de desenvolvimento para as pessoas, para empresas e para organizações. Soluções inovadoras para problemas tornam-se visíveis. Também é possível gerar crescimento econômico de maneira nova. Olhando-se para o âmbito da internet, p. ex., veem-se não apenas as muitas inovações tecnológicas, com frequência desenvolvidas em sequência rápida, mas também o fato de que elas estão ligadas a muitas inovações culturais, sociais, econômicas, ecológicas etc. que produzem ou ao menos podem produzir mudanças consideráveis em praticamente todas as esferas da sociedade. Por isso, a revolução tecnológica possibilitada pela digitalização é acompanhada por evoluções sociais consideráveis.

Apoiar o desenvolvimento e o aproveitamento de oportunidades, portanto a realização de transformações avaliadas como positivas pela sociedade, também é uma tarefa do Direito. O Direito pode, particularmente, atuar também como Direito que possibilita inovações e contribuir para explorar esses potenciais<sup>7</sup>.

Por outro lado, os novos desenvolvimentos também estão associados a uma série de riscos. Deles faz parte a constatação de que as oportunidades

---

<sup>7</sup> Para uma visão geral sobre essa questão, veja Hoffmann-Riem, *Innovation und Recht – Recht und Innovation*, 2016.

possibilitadas pelas novas tecnologias de modo algum beneficiam todas as pessoas. Assim, também existem os perdedores da modernidade – p. ex., pessoas afetadas pelos efeitos desvantajosos das racionalizações proporcionadas pela tecnologia. Mas também quase todos os usuários da internet podem, em consequência do uso, ficar ao mesmo tempo expostos a riscos, p. ex., aos riscos de danos à personalidade em função da forma como terceiros lidam com dados pessoais.

Também há riscos consideráveis de manipulação, p. ex., mediante a utilização de *social bots* na internet. Nesse caso, deve-se ativar o direito em sua função de direito protetivo e preventivo, e em grau crescente para a ampliação do ordenamento jurídico visando garantir a liberdade não só pela defesa contra interferências por parte do Estado, mas também contra danos causados por atores privados, especialmente poderosos do ponto de vista econômico. Riscos a serem afastados pelo Direito no âmbito da comunicação digital também podem ter sua origem em ações nas quais atores estatais e privados agem em conjunto em detrimento dos sujeitos de direitos de liberdade – p. ex., pela espionagem de dados por parte de serviços secretos com a ajuda (voluntária ou juridicamente forçada) das empresas de TI<sup>8</sup>.

Dos riscos também fazem parte manifestações da criminalidade na internet ou criminalidade cibernética<sup>9</sup> (*cybercrime*), da espionagem e sabotagem cibernética, bem como da guerra cibernética<sup>10</sup>. Além disso, podem ocorrer ameaças consideráveis ao ordenamento jurídico e social, bem como à capacidade de funcionamento de infraestruturas necessárias para a existência, como dos sistemas de abastecimento de energia ou de transporte, que dependem, em grande parte, da comunicação digitalizada, sendo, por isso, extremamente vulneráveis.

---

<sup>8</sup> Quanto ao desenvolvimento atual da inserção de empresas de TI no monitoramento estatal nos EUA, veja *Developments in the Law – The Role of Tech Companies in Government Surveillance*, 131 Harv. L. Rev. 1715, 1722 (2018); de modo geral a respeito do escândalo da NSA, Greenwald, *No Place to Hide*, 2014; Leisegang, *Schöne neue Überwachungswelt*, *Blätter für deutsche und internationale Politik*, v. 8, p. 5, 2013; Ewer; Thienel, *Völker-, unions- und verfassungsrechtliche Aspekte des NSA-Datenskandals*, NJW, p. 30, 2014; Rottmann, *Totalüberwachung*, 2014; Schaar, *Überwachung total: Wie wir in Zukunft unsere Daten schützen*, 2014, 78 et seq.

<sup>9</sup> Quanto a essa questão, veja Reindl-Krauskopf, *Cyber-Kriminalität*, ZaöRV, p. 563, 2014.

<sup>10</sup> Quanto a essa questão, veja Schaller, *Internationale Sicherheit und Völkerrecht im Cyberspace*, 2014; P. Shakarian; J. Shakarian; Ruef, *Introduction to Cyber-Warfare*, 2013; Gaycken, *Cyberwar – das Wettrüsten hat längst begonnen*, 2012.

### 3.2 DISSOLUÇÃO DE LIMITES

Muitas das novas possibilidades do emprego de tecnologias digitais não se enquadram de forma simples nas categorias conhecidas do desenvolvimento da tecnologia e do Direito.

Delimitações e fronteiras anteriores – p. ex., relacionadas a objetos ou territórios – em muitos casos não são decisivas, ou deixaram mesmo de sê-lo. Assim, na área de TI estão desaparecendo as fronteiras entre *hardware*, *software* e *orgware*<sup>11</sup>, bem como aquelas entre os serviços e o seu transporte com a ajuda de infraestruturas comunicacionais. A comunicação social e a pública estão se misturando uma com a outra, como mostra a internet de modo particularmente incisivo. Com isso também estão mudando as noções tradicionais do que é privado e do que é público. As tecnologias e os serviços podem ser utilizados por todos, não apenas por particulares, mas também por organizações e instituições estatais, e assim por diante.

Não se pode deixar de perceber uma considerável dissolução de limites principalmente em termos territoriais. As tecnologias estão globalmente disponíveis e as infraestruturas comunicacionais, assim como os canais de distribuição operadas com tecnologia digital, estão organizadas em nível transnacional e muitas vezes em escala global. Em contrapartida a isso, o Direito tem, em sua maior parte, uma orientação nacional ou, em todo caso – como também o direito supranacional da União Europeia –, é limitado regionalmente. O direito internacional, igualmente importante, tem uma esfera de aplicação espacialmente mais ampla, mas, em termos dos objetos de que trata, refere-se apenas a setores avulsos e, mesmo nesses casos, apresenta lacunas.

As dissoluções de limites do ponto de vista material representam um desafio especialmente para ordenamentos jurídicos que – como se dá em regra – pretendem, no interesse da exequibilidade da solução de problemas no marco do Direito, reduzir sua complexidade tanto quanto possível, para poder deles tratar de maneira específica em determinados setores, na maioria das vezes especializados, do ordenamento jurídico.

Além disso, as dissoluções de limites territoriais dificultam a aplicação eficaz do Direito. As infraestruturas e os fluxos comunicacionais, bem como os serviços, atingem, na maioria dos casos, áreas ou territórios com organizações

---

<sup>11</sup> Desta última categoria fazem parte, p. ex., manuais de uso, exigências de segurança referentes à TI ou a projetos de TI e aos métodos de seu desenvolvimento.

econômicas e políticas diferentes, com culturas jurídicas diferentes, e também com atitudes diferentes para com a pertinência e a possibilidade de interferências regulatórias. Essa heterogeneidade faz com que mesmo onde exista direito aplicável para lidar com possíveis problemas no ordenamento jurídico de cada nação, não se verifica uma efetividade do direito posto pelo Estado. O direito resulta sem efetividade porque as empresas têm possibilidades consideráveis de evitar interferências regulatórias das quais também fazem uso<sup>12</sup>.

Tais circunstâncias – mas também as particularidades da economia em rede a serem tratadas em seguida – são uma das causas pelas quais, em contextos digitais, autorregulações e autorregulamentações privadas e sociais são consideravelmente mais significativas do que o direito estabelecido pelo Estado. Este, entretanto, também utiliza possibilidades de amparar juridicamente e mediante regulação a autorregulação privada, ou, ao menos, cuidar para que o ordenamento jurídico vigente em cada caso não perca inteiramente suas funções de proteção e viabilização nas áreas que, de outro modo, são autorregulamentadas.

### 3.3 DESENVOLVIMENTOS DO MERCADO – PARTICULARIDADES DA ECONOMIA DA INTERNET

A tentativa de influência ou interferência jurídica por parte do Estado no âmbito da TI precisa levar em conta de antemão a estruturação – já ocorrida e provavelmente progressiva – de um poder considerável no mercado (a oligopolização de esferas importantes por parte de empresas como as *big five* [cinco grandes] – Google, Facebook, Microsoft, Amazon e Ebay). O poder de mercado também é usado por essas empresas para organizar, em grande medida, suas próprias atividades da forma mais autorregulativa quanto possível e/ou para evitar na medida do possível a regulação estatal.

Para poder entender as causas do surgimento desse poder de mercado, é útil examinar as estruturas econômicas na internet. Ao fazer isso, restrinjo-me a diversos fatores típicos que determinam o surgimento do poder de mercado.

No tocante à economia da internet<sup>13</sup>, os economistas identificaram particularidades nas estruturas de mercado que se referem principalmente a três áreas temáticas.

<sup>12</sup> Paul Nemitz, *Constitutional Democracy and Technology in the Age of Artificial Intelligence*. Royal Society Philosophical Transactions. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3234336>>.

<sup>13</sup> A respeito dela, veja R. Peters, *Internet-Ökonomie*, 2010; Clement; Schreiber, *Internet-Ökonomie: Grundlagen und Fallbeispiele der vernetzten Wirtschaft*, 2013.



O objeto da atividade econômica são os chamados bens ou produtos informacionais. Com eles estão associados efeitos de rede<sup>14</sup>. Um aspecto típico desses bens é que, mesmo que os custos fixos de sua produção sejam elevados, os custos médios da geração e multiplicação da informação caem infinitamente, já que só surgem custos variáveis baixos e os bens não se gastam ou praticamente não se gastam ao serem consumidos. Se a utilização de bens em rede ocorre por meio de redes de comunicação – neste caso as de telecomunicação –, é, além disso, importante o fato de que esses bens têm um benefício tanto maior para os consumidores e principalmente para as próprias empresas, quanto maior for o número de pessoas que já estão conectadas à rede e a usam. Neste caso se fala dos efeitos diretos da rede que possibilitam a empresas bem-sucedidas aumentos de valor exponenciais. A eles podem se acrescentar efeitos indiretos da rede, que não surgem por meio de relações comunicacionais diretas, mas pelo envolvimento de terceiros – p. ex., de empresas de publicidade – que também têm vantagens consideráveis quando o número de consumidores aumenta. Os bens ou produtos em rede possibilitam os chamados ganhos de escala.

As empresas bem-sucedidas têm – e este é o segundo aspecto – perspectivas de obter lucros particularmente elevados e, por conseguinte, a possibilidade de utilizá-los para penetrar em áreas de atuação próximas ou mais distantes e, desta forma, reforçar mutuamente sua posição de mercado (efeitos de formação de conglomerado). A combinação de diversos produtos e serviços pode aumentar seu valor para os usuários, mas também pode acarretar fechamentos do mercado, resultando na eliminação da concorrência.

O terceiro efeito importante é o caráter multidimensional e multifacetário dos mercados<sup>15</sup>, a saber, a possibilidade de concatenação das atividades de atores diversos com campos de atuação diversos. Assim, operadoras de plataformas, consumidores, agências de publicidade e provedores de conteúdo podem atuar em campos de atividades distintos e correlacionados, e há possibilidade de formar relações de intercâmbio econômico de modo assimétrico.

---

<sup>14</sup> A respeito deles, veja, *pars pro toto*, Engert, *Regelungen als Netzgüter: Eine Theorie der Rechtsvereinheitlichung und Vertragsrecht*, AcP, 2013, p. 321, com referências a literatura da área da economia e problemas de regulação jurídica.

<sup>15</sup> Quanto a essa questão, veja, de modo geral, Reiss; Günther, *Mehrseitige Märkte: Paradigmenwechsel vom Markt- zum Netzwerk-Ansatz*, *Wirtschaftswissenschaftliches Studium*, v. 39, p. 176, 2010; Cennano; Santaló, *Platform Competition: Strategic Trade-offs in Platform Markets*, *Strategic Management Journal*, p. 1031, 2013.

Pode-se observar isso particularmente bem na relação triangular entre uma máquina de busca, os usuários e os agentes de publicidade. No âmbito da internet, tornou-se comum que muitos serviços sejam prestados de maneira aparentemente gratuita, isto é, sem uma contrapartida dos usuários expressa em dinheiro. Estes, entretanto, oferecem efetivamente uma contrapartida à operadora da máquina de busca, já pelo fato de darem atenção às ofertas. Além disso, abrem às empresas a possibilidade de armazenar os dados que se produzem no processo de comunicação, e eventualmente também as informações que se encontram nos conteúdos comunicacionais, e explorá-los para a otimização de suas próprias ofertas ou para outras finalidades, além de também repassá-las a terceiros, p. ex., em troca de pagamento.

Na medida em que – o que é comum em redes sociais, p. ex. – os serviços estão associados a ações publicitárias que os acompanham, a atenção dos usuários das máquinas de busca é voltada, ao mesmo tempo, para as mensagens publicitárias, de modo se oferecem às agências oportunidades de fazer publicidade. Em troca disso, as empresas de publicidade remuneram a empresa de TI.

Os dados de conexão e conteúdo resultantes do processo de utilização têm, ao que tudo indica – como se pode depreender, p. ex., dos enormes lucros na utilização da máquina de busca da Google –, um valor elevado, pelo qual, porém, os usuários não são remunerados. Em todo caso, eles podem usar os serviços gratuitamente<sup>16</sup>.

Com base nessas particularidades econômicas – aqui expostas apenas de modo simplificado –, as *big five* mencionadas conseguiram construir uma posição oligopolista, de domínio do mercado. Por causa das particularidades da economia em rede, posições de poder podem ser consolidadas e cada vez ampliadas mais com a ajuda dos ganhos elevados, de modo que praticamente não há oportunidades de correção por meio de forças do mercado. A aquisição de *startups* inovadoras e voltadas para o futuro também contribui para a ampliação do poder, sem que isso seja restringido por medidas do controle de fusões por parte do Estado.

---

<sup>16</sup> Quanto a alternativas para essa construção, que de modo algum é vantajosa para os usuários, cf. Hacker; Petkova, Reining in the Big Promise of Big Data: Transparency, Inequality and New Regulatory Frontiers, 15 *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, v. 15, n. 1, p. 16 et seq., 2017.

#### **4 AUTO-ORGANIZAÇÃO - AUTORREGULAÇÃO - AUTORREGULAMENTAÇÃO - AUTORREGULAMENTAÇÃO REGULAMENTADA PELA SOCIEDADE OU PELO ESTADO<sup>17</sup> (EXEMPLOS)**

Essas e outras condições gerais fizeram com que a auto-organização, a autorregulação e a autorregulamentação sejam os tipos predominantes de organização das infraestruturas de TI e da prestação e utilização dos serviços.

Isso se aplica particularmente ao âmbito da internet. O exame do desenvolvimento da internet mostra que, em sua fase inicial, ela foi saudada por muitos como um novo meio de desenvolvimento livre, e os atores apostaram em alto grau em uma auto-organização e autorregulação por parte deles próprios<sup>18</sup>. Na fase de seu surgimento, a internet recebeu o auxílio das autoridades para o seu nascimento, tanto por parte dos militares americanos quanto de universidades daquele país, e mesmo hoje continuam existindo cooperações limitadas com órgãos estatais no desenvolvimento da internet. Entretanto, após sua ampla comercialização ocorrida nos anos 1990, a influência estatal sobre sua organização foi marginalizada. Atualmente, o desenvolvimento da internet depende, em altíssimo grau, de decisões privadas, especialmente empresariais. As mudanças consideráveis – que se intensificaram pela oligopolização de amplas áreas – alteraram radicalmente o caráter da internet como meio de liberdade para todos e com direitos iguais de acesso e possibilidades de utilização para todos.

##### **4.1 AUTO-ORGANIZAÇÃO/ AUTORREGULAÇÃO PRIVADA**

Em ordenamentos jurídicos ocidentais, como o da República Federal da Alemanha ou dos Estados-membros da UE, o poder jurídico para organização autônoma da própria ação por parte de indivíduos e grupos é um elemento de sustentação do Estado de Direito<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Como introdução às questões da autorregulamentação e regulação pelo Estado ou pela sociedade, veja Eifert, 2012 (n. 2), n. 52 et seq., 144 et seq. – com referências.

<sup>18</sup> A respeito da história da internet, veja, *pars pro toto*, Abbate, *Inventing the internet*, 1999; Hafner, *Lyon: Arpa Kadabra oder Die Geschichte des Internets*, 2000.

<sup>19</sup> No Direito alemão, os direitos fundamentais da liberdade geral de ação, ou da liberdade de exercício de profissão e de propriedade, mas também da liberdade de expressão e dos meios de comunicação (art. 2º, 12, 14 e 5 da Constituição alemã), são concretizações do princípio da autonomia e, com isso, do poder jurídico para a auto-organização.

Consequentemente, as empresas têm responsabilidade própria pela conformação organização de modelos de negócios no âmbito da internet. Como não existem estruturas regulatórias estatais de vigência global para os serviços na internet, as possibilidades de conformação organização autônoma são particularmente grandes para as empresas. Contudo, nos locais em que as empresas têm sua sede empresarial ou uma filial ou exercem suas atividades, elas estão vinculadas ao ordenamento jurídico normativo respectivo, e, no âmbito da UE, também aos tratados europeus e regulamentos e diretivas complementares<sup>20</sup>.

Particularmente, o desenvolvimento dos modelos de negócios próprios e, neste contexto, também a organização das relações com os usuários de serviços enquadram-se na esfera da autonomia. Isso acontece, em parte, por meio de princípios de comportamento formulados como autovinculação, mas que não são juridicamente vinculantes em relação aos usuários<sup>21</sup>. De particular importância são os termos e condições gerais elaborados pelas empresas, que serão abordados mais detalhadamente abaixo (4.6).

A autonomia também caracteriza a organização e o controle tecnológicos das infraestruturas e serviços. Isso se aplica particularmente ao desenvolvimento dos algoritmos digitais ou, de modo mais geral, do “código” inscrito na arquitetura e nas normas da internet<sup>22</sup>. Algoritmos, ou seja, regras técnicas, também controlam os serviços realizados por meio da internet. Tais algoritmos são desenvolvidos ou adquiridos pelas empresas sob sua própria responsabilidade e utilizados para seus próprios fins. Eles são tratados, em princípio, como segredos empresariais e não estão sujeitos a exigências de transparência ou possibilidade de controle. Entretanto, no desenvolvimento e emprego de algoritmos, devem ser respeitadas normas jurídicas, como, p. ex.,

<sup>20</sup> Quanto à vinculação jurídica, veja EuGH [Tribunal de Justiça da União Europeia], *Urteil Google Spain und Google*, C-131/12, EU: C: 2014: 317 = EuGRZ, p. 320 et seq., 2014. Veja ainda art. 3º, § 2º, 3º do Regulamento Geral de Proteção de Dados da UE de 27 abr. 2016; *Verordnung (EU) 2016/679*.

<sup>21</sup> Exemplos são as *Responsible AI Practices* da Google, publicadas em 2018 (<<https://ai.google/education/responsible-ai-practices>>) e as “Nove diretrizes da Telekom para o emprego de inteligência artificial” (<<https://www.telekom.com/de/konzern/digitale-verantwortung/details/ki-leitlinien-der-telekom-523904>>).

<sup>22</sup> Quanto a esse código, veja Lessig, *Code Version 2.0*, 2006. A respeito de seus efeitos sobre a regulação e o controle do comportamento, veja a postura crítica de Hildebrandt, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, 2016, com referências; de modo geral sobre o controle do comportamento por meio de algoritmos, Hoffmann-Riem, *Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht*, AöR, v. 142, p. 1, 2017.

da legislação de proteção de dados. Neste sentido, o Regulamento Geral de Proteção de Dados da UE prevê deveres de informação limitados.

A regulação tecnológica baseada em algoritmos é usada, p. ex., para a elaboração de perfis [*profiling*]<sup>23</sup>, ou seja, para o processamento automatizado de dados pessoais de usuários visando captar, classificar em termos de tipificação e analisar determinados aspectos pessoais (como preferências, interesses, situação econômica ou local de residência) e usá-los como base para prognósticos. Os resultados servem, então, p. ex., como subsídios para a seleção personalizada de informação, como anúncios publicitários ou a filtragem dos resultados de busca no Google ou do *feed* de notícias do Facebook<sup>24</sup>. Indiretamente, eles também se tornam significativos para percepções dos usuários, suas posturas e decisões também na “vida *on-life*” diária<sup>25</sup>. Outro exemplo do emprego de algoritmos é o bloqueio de acesso a conteúdos indesejados, p. ex., pornografia infantil ou racismo, bem como de *fake news* na internet (*content curation* [curadoria de conteúdo]).

A internet oferece possibilidades consideráveis de auto-organização não só aos fornecedores de serviços, mas também aos usuários como indivíduos. A auto-organização é usada de uma forma especificamente intensificada nas áreas de Open Source<sup>26</sup> e Open Content<sup>27</sup>, ou, de modo mais geral, de Open Innovation. A colaboração nelas possível e comum de várias pessoas é uma forma de auto-organização coletiva, emoldurada por regras sociais para isso desenvolvidas como formas de autorregulação. Com base em tais regras, o

---

<sup>23</sup> Segundo o art. 4º, nº 4, do Regulamento Geral de Proteção de Dados da UE, *profiling* se refere a “todo tipo de processamento automatizado de dados pessoais que consista na utilização desses dados pessoais para avaliar determinados aspectos pessoais referentes a uma pessoa física, particularmente para analisar e prever aspectos relativos a desempenho no trabalho, situação econômica, saúde, preferências pessoais, interesses, confiabilidade, comportamento, local de residência ou troca de local”.

<sup>24</sup> A respeito dessa questão, veja Schulz; Dankert, *Die Macht der Informationsintermediäre*, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2016; no tocante à seleção de informações de empresas de TI nos EUA, veja Grafanaki, *Drowning in Big Data: Abundance of Choice, Scarcity of Attention and the Personalization Trap: a Case for Regulation*, *Richmond Journal of Law and Technology*, v. 24, n. 1, 2017.

<sup>25</sup> Quanto à fusão de *on-line* e *off-line* em *on-life*, veja Hildebrandt, 2016 (n. 19), p. 41 et seq.

<sup>26</sup> A respeito de Open Source, veja Hartmann; Jansen, *Open Content – Open Access*, 2008; Chesbrough; van Haverbeke; West, *Open Innovation*, 2011.

<sup>27</sup> Um exemplo disso é a Wikipedia. Especialmente sobre a forma de autorregulamentação na proteção da personalidade, veja Dilling, *Persönlichkeitsschutz durch Selbstregulierung in der Wikipedia*, ZUM, p. 380 et seq., 2013.

resultado de desenvolvimentos colaborativos pode ser assegurado juridicamente como serviço, com a ajuda da chamada cláusula do *copyleft*<sup>28</sup>, de modo que este não possa ser utilizado por indivíduos para exploração comercial. A cláusula do *copyleft* utiliza o instrumental da proteção estatal do direito autoral, mas inverte sua direção protetiva usual excluindo para essas obras criadas colaborativamente a utilização proprietária protegida, em si, pelo direito autoral.

Outra forma de autorregulamentação privada com efeito geral são padrões técnicos que são desenvolvidos por uma empresa ou por várias colaborativamente e também são utilizados por outras em uma determinada área de negócios, mas sem adquirir, apenas com isso, um efeito juridicamente vinculante. Eles podem se referir tanto a *hardware* quanto a *software*. Se os padrões se impõem factualmente de modo geral, eles exercem a função de padrões que são estabelecidos formalmente (de forma privada ou estatal). O desenvolvimento de padrões na forma de imposição factuel de determinados parâmetros no mercado leva à sua vinculatividade na prática. Esta é uma forma de autorregulamentação social informal. Se, contudo, padrões formados pela sociedade são reconhecidos como normativos no direito estatuído pelo Estado – p. ex., para questões de responsabilidade civil – ou declarados juridicamente vinculantes, essa transferência acarreta, ao mesmo tempo, uma transformação jurídica.

#### 4.2 AUTORREGULAMENTAÇÃO SOCIAL

Entre os exemplos de regras criadas para o comportamento social autônomo por parte da sociedade incluem-se as regras informais de civilidade ou bons costumes. Delas faz parte a chamada netiqueta<sup>29</sup>, decisiva na época inicial da internet, como conjunto de regras de comportamento para o uso da internet. Para apoiar a eficácia dessa forma de ação de autorregulamentação social, foram empregadas estratégias de *naming and shaming* [identificação e denúncia pública], portanto a condenação coletiva – mesmo que, em grande parte, combinada apenas informalmente, de um comportamento reprovado pela comunidade de usuários.

Códigos de conduta enquadram-se na área da regulamentação social formal do comportamento privado quando são desenvolvidos por associações

<sup>28</sup> Sobre essa cláusula, veja Jaeger; Metzger, *Open Source Software: Rechtliche Rahmenbedingungen der freien Software*, 2015, p. 23 et seq.

<sup>29</sup> Veja as diretrizes da netiqueta de 1995, disponíveis em: <[www.ietf.org/rfc/rfc1855.txt](http://www.ietf.org/rfc/rfc1855.txt)>.

que, por sua vez, esperam o cumprimento por parte dos seus membros e, eventualmente, sancionam seu descumprimento. Um exemplo deles é o código para fornecedores de publicidade *on-line* do Conselho Alemão de Proteção de Dados na Publicidade On-Line<sup>30</sup>, que é a instituição de autocontrole voluntário da indústria de publicidade digital.

Associações também podem desenvolver padrões técnicos para a regulamentação social da autorregulamentação por parte da sociedade, como, p. ex., padrões de segurança da TI<sup>31</sup>, que são oferecidos ao menos como recomendações, mas também podem ter consequências jurídicas, p. ex., para a avaliação de negligência na produção de bens.

Tais regras criadas no âmbito da sociedade têm, muitas vezes, importância não só para as empresas membros das associações, mas também podem ter efeitos indiretos para terceiros. Um exemplo disso é o Protocolo internacional de Exclusão de Robôs (REP, na sigla em inglês)<sup>32</sup>. Ele diz respeito à possibilidade das operadoras de *sites* da internet de bloqueá-los, no todo ou em parte, aos *web crawlers* (robôs). Assim, máquinas de busca são impedidas de disponibilizar tais conteúdos.

Embora os fornecedores de informações estejam interessados em que seus conteúdos na internet possam ser encontrados por meio de máquinas de busca, eles também podem ter interesse em excluir essa possibilidade ou de só permitir sua utilização por parte de outras empresas mediante remuneração. O REP, elaborado por um grupo de especialistas e criado de maneira autorregulatória, ao qual diversas empresas de internet, inclusive o Google, aderiram, diz respeito à acessibilidade de ofertas de terceiros para *web crawlers*. Ele não é, contudo, o resultado de um equilíbrio entre os interesses dos representantes de todas as partes envolvidas, mas uma imposição unilateral da parte mais poderosa da

<sup>30</sup> Quanto a ela, veja os códigos do Conselho Alemão de Proteção de Dados na Publicidade On-Line, disponíveis em: <[www.meine-cookies.org/DDOW/die\\_kodizies/index.html](http://www.meine-cookies.org/DDOW/die_kodizies/index.html)>.

<sup>31</sup> Assim, o Grupo de Trabalho alemão da Bitkom sobre gestão de segurança elaborou uma “Bússola dos Padrões de Segurança da TI” (2014), que trata especialmente do tema “identidades eletrônicas”; veja BITKOM/DIN (ed.), *Kompass der IT-Sicherheitsstandards – Auszüge zum Thema Elektronische Identitäten*, 2014. Disponível em: <[www.bitkom.org/Publikationen/2014/Leitfaden/Kompass-IT-Sicherheitsstandards/140311\\_Kompass\\_der\\_IT-Sicherheitsstandards.pdf](http://www.bitkom.org/Publikationen/2014/Leitfaden/Kompass-IT-Sicherheitsstandards/140311_Kompass_der_IT-Sicherheitsstandards.pdf)>.

<sup>32</sup> A respeito do REP, veja Conrad; Schubert, *How to Do Things with Code*, GRUR, p. 350 et seq., 201; bem como Höppner, *Das Verhältnis von Suchmaschinen zu Inhaltenanbietern an der Schnittstelle von Urheber- und Kartellrecht*, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, p. 625 (631 et seq., 636 et seq.), 2012.

economia da internet e que exerce uma significativa influência em relação a terceiros.

### 4.3 REGULAMENTAÇÃO HÍBRIDA

Falo de regulamentação híbrida nos casos em que uma regulação surge pela autorregulamentação social, mas órgãos estatais participam do desenvolvimento das regras e/ou da definição de sua relevância. Menciono alguns exemplos.

O Código de Proteção de Dados das companhias alemãs de seguros, elaborado em conjunto pela Confederação da Indústria de Seguros Alemã e pelas autoridades alemãs responsáveis pela proteção de dados, bem como pela Central dos Consumidores da Alemanha (vzbv, na sigla em alemão), foi elaborado de maneira híbrida<sup>33</sup>.

Um outro tipo de regulamentação híbrida encontra-se na lei alemã de segurança da TI<sup>34</sup>. Ela constitui uma reação a perigos mencionados acima (3.1) com os termos crime cibernético e sabotagem cibernética. As empresas afetadas estão obrigadas a tomar providências técnicas e organizacionais adequadas para a segurança na tecnologia da informação das chamadas infraestruturas críticas e para evitar transtornos. Elas, assim como suas associações setoriais, podem elaborar propostas de padrões de segurança. O órgão federal responsável pela segurança na TI examina a adequação desses padrões para o cumprimento das exigências de segurança e a constata quando a verificação for bem-sucedida.

O conjunto de regras contido no NETmundial-Multistakeholder-Statement de 24 de abril de 2014, apoiado particularmente pelo governo brasileiro – que contém, por um lado, *Internet Governance Principles* [Princípios de Governança da Internet] e, por outro, um *Roadmap for the Future Evolution of the Internet Governance Ecosystem* [Roteiro para a Evolução Futura do Ecossistema de Governança da Internet] –, baseia-se na cooperação de atores estatais e não estatais (empresas, ONGs, comunidades técnicas e cientistas)<sup>35</sup>. Nesse caso se estabeleceram princípios desenvolvidos em um processo mais ou menos participativo, na forma de direitos humanos e valores compartilhados,

<sup>33</sup> Código de Proteção de Dados da Confederação da Indústria de Seguros Alemã (GDV, na sigla em alemão), ao qual as seguradoras podem aderir voluntariamente.

<sup>34</sup> Gesetz zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme (IT-Sicherheitsgesetz), 17. jul. 2015, BGBl. I, 24 jul. 2015, p. 1324.

<sup>35</sup> Mais detalhes sobre isso em Kleinwächter, PINGO, p. 5 et seq., 2014. Disponível em: <[http://www.circleid.com/posts/20140510\\_pingo\\_net\\_mundial\\_adopts\\_principles\\_on\\_internet\\_governance/](http://www.circleid.com/posts/20140510_pingo_net_mundial_adopts_principles_on_internet_governance/)>.



mas também de exigências por diversidade cultural e linguística, segurança, estabilidade e resiliência da internet e de sua arquitetura aberta. O objetivo consiste em proteger a inovação e criatividade. O *Roadmap* contém estímulos para a implementação desses princípios, porém não existe uma vinculatividade jurídica. *Naming and shaming* são as sanções possíveis para o descumprimento dos princípios ou para a não participação em processos de sua realização<sup>36</sup>.

#### 4.4 AUTOCOMPROMETIMENTOS PARA EVITAR SANÇÕES ESTATAIS

Uma combinação específica de interferência estatal e de exercício de influência para sua implementação encontra-se no âmbito dos compromissos jurídicos assumidos de forma voluntária pelos atores privados, mas estimulados pelo Estado<sup>37</sup>. Na área da TI, existem tais autocomprometimentos voluntários, p. ex., como reação a objeções por parte do controle de cartéis<sup>38</sup>. O ponto de partida é constituído por processos abertos por órgãos de inspeção da formação de cartéis na Alemanha e no exterior contra empresas de internet.

No passado, esses processos foram, muitas vezes, terminados por comprometimentos voluntários das empresas. Com isso, a empresa atingida podia evitar encargos ou proibições, bem como multas pecuniárias; como condição prévia, porém, ela tinha de se comprometer com certas mudanças de sua prática ou também com dispêndios. A vantagem era recíproca. A autoridade estatal ficava livre de problemas probatórios muitas vezes difíceis e do ônus de um possível processo judicial subsequente, e a empresa afetada podia, em caso de dúvida, defender melhor seus próprios interesses mediante a formulação da declaração de autocomprometimento do que se houvesse uma medida unilateral por parte do Estado. Além disso, a obrigação de pagamento concebida como sanção talvez pudesse ser menor do que a aplicação de uma multa pecuniária.

Por outro lado, a perspectiva de pôr fim a um processo de contestação por meio de um autocomprometimento voluntário poderia motivar as empresas

<sup>36</sup> A respeito dessa questão, veja id., *ibid.*

<sup>37</sup> Sobre acordos de autocomprometimento de modo geral, veja, *pars pro toto*, Eifert, 2012 (n. 2), n. 73 et seq.

<sup>38</sup> Uma lista de procedimentos referentes à legislação antitruste encontra-se em Monopolkommission, Hauptgutachten XX, 2014, p. 66 et seq.; veja também Hopf, *Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung von Internetsuchmaschinen, dargestellt am Beispiel von Google*, 2014, p. 3 et seq.; Daly, *Dominating Search: Google Before the Law*, in: König; Rasch (ed.), *Society of the Query Reader: Reflections on Web Search*, 2014, p. 86 et seq.

a tirar partido de seu poder de mercado tanto quanto possível e, fazendo isso, contar com a possibilidade de processos de contestação sem o risco de sofrer sanções pesadas. A desistência do emprego de todo o seu poder por parte da autoridade estatal poderia, na sequência, acarretar consideráveis déficits de implementação.

#### 4.5 AUTORREGULAMENTAÇÃO SOCIAL REGULAMENTADA PELO ESTADO

As autoridades estatais podem exercer uma influência reguladora sobre o modo de autorregulamentação da sociedade e, assim, defender interesses da vinculação ao bem comum com vistas ao cumprimento de tarefas por parte de atores privados. Isso também pode acontecer, eventualmente, na forma do *soft law* juridicamente não vinculante. Um exemplo disso são os catálogos de proteção básica na área de TI do órgão estatal alemão responsável pela segurança na tecnologia da informação<sup>39</sup>. Eles não são juridicamente vinculantes, mas podem ser usados como fundamento de uma certificação pela qual se indica que a empresa tomou medidas apropriadas para garantir a segurança de seus sistemas de TI contra ameaças à sua segurança.

Também o Regulamento Geral de Proteção de Dados da UE prevê possibilidades de regulamentação estatal da autorregulamentação<sup>40</sup>. Ele incentiva que associações e outros grêmios elaborem regras de comportamento que facilitem uma aplicação correta e eficaz do Regulamento<sup>41</sup>. O art. 40, § 2º, do Regulamento menciona expressamente muitas áreas temáticas para as quais pode ocorrer uma regulação mais precisa e específica. Os estímulos para a especificação são concebidos como orientações regulatórias para as regras de comportamento, que, entretanto, as associações ou grêmios não têm a obrigação de emitir. Elas também não são obrigadas a fazer uso da possibilidade de

<sup>39</sup> Quanto a isso, veja a *homepage* da Agência Federal de Segurança na Tecnologia da Informação (BSI, na sigla em alemão): <[www.bsi.bund.de/DE/Themen/ITGrundschutz/ITGrundschutzKataloge/itgrundschutzkataloge\\_node.html](http://www.bsi.bund.de/DE/Themen/ITGrundschutz/ITGrundschutzKataloge/itgrundschutzkataloge_node.html)>.

<sup>40</sup> A respeito do Regulamento Geral da Proteção de Dados da UE, veja Kühling; Martini, *Die Datenschutz-Grundverordnung: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?* *EuZW*, p. 448, 2016; uma posição crítica para com os elementos “imperfeitos” da autorregulamentação regulamentada desse Regulamento se encontra em Veil, *Die Datenschutz-Grundverordnung: des Kaisers neue Kleider*, *NVwZ*, p. 686, 695, 2018; quanto à autorregulamentação regulamentada no âmbito de geodados, Martini, *Do it yourself im Datenschutzrecht – Der “GeoBusiness Code of Conduct” als Erprobungsfeld regulierter Selbstregulierung*, *NVwZ*, p. 535, 2016.

<sup>41</sup> Veja ns. 77 e 98 dos Considerandos.

apresentar a minuta ao órgão de inspeção, que – caso isso aconteça – expõe em um posicionamento se as regras de comportamento são compatíveis com o regulamento. Caso houver garantias suficientes, o órgão aprova a minuta das regras de comportamento (§ 5º). Na sequência, preveem-se procedimentos distintos, dependendo de a minuta dizer respeito a atividades de processamento em um Estado-membro apenas ou em vários (§§ 6º-8º). Se o resultado das verificações for positivo, ocorre uma publicação oficial no fim do processo (art. 6º, 11). Para as regras de comportamento vigentes em vários Estados-membros, a Comissão Europeia pode, inclusive, resolver, mediante um ato de execução, que elas tenham validade geral na UE (§ 9º). O art. 41 do Regulamento prevê possibilidades de credenciamento de órgãos apropriados para o monitoramento do cumprimento das regras. Buscam-se também processos de certificação específicos para a proteção de dados, bem como selos e marcas de conformidade que atestem a proteção de dados (§ 42 do Regulamento)<sup>42</sup>.

O seguinte exemplo mostra também uma forma de autorregulamentação social regulamentada. Segundo o § 19 do Tratado Estatal alemão para a Proteção de Jovens nos Meios de Comunicação, podem ser formadas, para controlar o cumprimento das disposições do tratado e de outras regras, instituições de autocontrole voluntário para mídias eletrônicas, p. ex.<sup>43</sup>. Na medida em que estas cumprirem determinados pressupostos (independência, diretrizes para as decisões dos auditores, regras de procedimento etc.) e tiverem concluído com sucesso o processo de reconhecimento regulamentado nesses parágrafos, o fato de um provedor de mídias eletrônicas ser membro de uma instituição dessas e, além disso, observar seus estatutos pode resultar em um privilegiamento dele em relação a medidas de inspeção do órgão estadual competente responsável por essa proteção. Segundo o art. 20, § 5º, desse tratado, no caso de supostas violações da proteção dos jovens, é essa instituição que deve se ocupar primeiramente com as alegações. Medidas de inspeção contra o provedor só são possíveis em casos excepcionais, a saber, quando a decisão ou a não tomada de uma decisão por parte da instituição de autocontrole “ultrapassar os limites jurídicos da margem de avaliação”.

---

<sup>42</sup> Quanto à avaliação desses instrumentos – mas ainda com base na proposta original da Comissão Europeia para o Regulamento Geral da Proteção de Dados –, veja Hornung; Hartl, *Datenschutz durch Marktanzüge – auch in Europa? Stand der Diskussion zu Datenschutz Zertifizierung und Datenschutz*, ZD, p. 219, 2014.

<sup>43</sup> Veja o Autocontrole Voluntário dos Provedores de Serviços de Multimídia na homepage <[www.fsm.de](http://www.fsm.de)>.

Um tipo especial de regulamentação estatal da autorregulamentação social também pode, ocasionalmente, ser levada a efeito pelo Poder Judiciário. Um exemplo disso é a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o Google<sup>44</sup>, em que a Corte determinou a essa empresa que tomasse providências para proteger o chamado direito ao esquecimento na operação de sua máquina de busca. Mediante aplicação da Diretiva de Proteção de Dados 95/46 (na época ainda em vigor) da UE, a empresa Google foi obrigada a, sob determinados pressupostos, remover o *link* para uma informação a que se tenha objetado por ser incorreta ou ultrapassada nas opções que sua máquina de busca oferece na Europa, dificultando, com isso, o acesso à respectiva informação (que, entretanto, não é apagada como tal).

Uma espécie completamente diferente de regulamentação estatal da autorregulamentação social são medidas tomadas por órgãos estatais para assegurar a funcionalidade de estruturas de autorregulação, como, em especial, a do mercado. O tópico neste caso é a viabilização ou manutenção da concorrência. Visa-se assegurar a funcionalidade do mercado de tal maneira que os diversos interesses dos atores do mercado sejam satisfeitos da melhor forma possível e, ao mesmo tempo, metas do bem comum sejam alcançadas. Atualmente, contudo, a legislação antitruste tem poucas oportunidades de influenciar de modo consistente a funcionalidade dos mercados da internet, pois, em face da globalização da maioria dos setores do mercado, seria necessária uma legislação antitruste em nível global, que, porém, não existe. A legislação antitruste nacional só pode influenciar o comportamento de atores globais de maneira limitada. A legislação antitruste europeia<sup>45</sup> é geralmente mais adequada para tal fim, devido ao seu âmbito de aplicação relativamente amplo, mas até agora só tem sido aplicada com sucesso de modo limitado.

De resto, deve-se apontar para o fato de que, com a ajuda da legislação antitruste, não é possível fazer frente a uma série de problemas ou ameaças existentes na internet que estão vinculados à assimetria na distribuição do poder. Isso diz respeito a problemas como a garantia da igualdade de oportunidades de acesso, da neutralidade da rede, da ausência manipulação, da proteção

---

<sup>44</sup> EuGH, Urteil Google Spain und Google, C-131/12 EU: C: 2014: 317 = EuGRZ 2014, S. 320 et seq. No art. 17 do Regulamento Geral da Proteção de Dados da UE constam agora regras explícitas sobre o “direito ao esquecimento”.

<sup>45</sup> A respeito dessa legislação, veja, *pars pro toto*, Weiß, *Europäisches Wettbewerbsverwaltungsrecht*, in: Terhechte (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2. ed., Baden-Baden (i. E.).

da personalidade etc. A legislação antitruste como regramento jurídico que visa assegurar a funcionalidade dos mercados não é adequada ou o é apenas de forma limitada a resolver os problemas ligados a esses objetivos, a menos que seja ampliada para se tornar um direito regulatório específico para o setor com suas respectivas metas. Isso, porém, representaria uma ruptura sistêmica na legislação antitruste em vigor. Para evitá-la, existem geralmente, nos ordenamentos jurídicos nacionais, normas especiais para assegurar a satisfação de necessidades específicas de proteção jurídica – na Alemanha, p. ex., a lei de proteção de dados e a lei sobre a mídia eletrônica. Também tais normas correspondem a medidas destinadas a influenciar na autorregulamentação. Todavia, sua eficácia é restrita já por seu âmbito de vigência apenas regional, o que dificulta o exercício de uma influência efetiva sobre o comportamento de empresas poderosas e de alcance global.

#### **4.6 PARTICULARIDADES NA APLICAÇÃO DE TERMOS E CONDIÇÕES GERAIS**

Um exemplo de regulação não estatal são os termos e condições gerais (TCG) que são formulados por conta própria pelas diversas empresas, p. ex., pelas operadoras de máquinas de busca na internet ou plataformas de comunicação. As particularidades na aplicação de TCG concernem, fundamentalmente, a todos os ordenamentos jurídicos, sendo que esta contribuição se serve, a título de exemplo, mais uma vez do Direito alemão (cf. §§ 305 ss. do Código de Direito Civil [CDC]).

Os TCG são criados para se tornarem vinculantes por meio do consentimento dos usuários. O consentimento com os TCG<sup>46</sup> é, de regra, um pressuposto para o processamento de dados pessoais por parte da empresa (cf. especialmente art. 6º, § 1º, do Regulamento Geral de Proteção de Dados), e a entrega do consentimento, por sua vez, é pressuposto para a utilização dos serviços por parte dos usuários. Do ponto de vista jurídico, trata-se da celebração de um contrato (§ 305 do CDC) e, neste sentido, visto exteriormente, de um ato de decisão autônoma de ambos os lados. Esse ato é amparado juridicamente na medida em que a legislação alemã sobre TCG (§§ 305 ss. do CDC), complementada por regras especiais sobre a proteção de dados, entre as quais

<sup>46</sup> Quanto à exigência e aos pressupostos de um consentimento efetivo, veja, *pars pro toto*, Buchner; Kühling, *Näher zur Rechtmäßigkeit*, in J. Kühling; B. Buchner (ed.), *Datenschutz-Grundverordnung: Kommentar*, 2. ed. 2018, sobre o art. 7, n. 20 et seq.

também se encontram os art. 6s. do Regulamento Geral de Proteção de Dados da UE, normaliza determinadas exigências para a eficácia do consentimento.

Não obstante, a celebração do contrato caracteriza-se por fortes assimetrias em termos do poder de exercício de influência por parte dos contratantes. Assim os usuários não têm – abstraindo de exceções insignificantes – possibilidade de influenciar o conteúdo dos TCG ou mesmo de excluir alguns deles. Via de regra, os TCG também não foram criados em cooperação com associações de consumidores ou outras organizações de usuários que pudessem articular os interesses destes últimos.

Também existem assimetrias na decisão concreta sobre a outorga do consentimento<sup>47</sup>. Na maioria dos casos, só existem informações relativamente genéricas dos usuários sobre as atividades concretamente abrangidas pelo consentimento, e praticamente nenhuma indicação sobre quais de seus dados pessoais são transmitidos ou vendidos para quais empresas ou para qual finalidade específica.

Em muitos casos, o caráter voluntário do consentimento chega perto de ser uma ficção. Isso será ilustrado aqui com base no exemplo das máquinas de busca. É verdade que existem diversas máquinas de busca entre as quais o usuário pode escolher, mas uma delas domina o mercado de maneira oligopolista. Essa máquina de busca, o Google, é usada por cerca de 90% dos alemães. A gama de seus resultados de busca é mais ampla, e as possibilidades de busca levam, muitas vezes, a dimensões mais profundas do que os das empresas concorrentes como Yahoo ou Bing, ou outras (menores). Mas também muitas dessas empresas exigem, para a utilização da ferramenta de busca, um consentimento com a possibilidade de que os dados então resultantes sejam levantados e aproveitados pelas empresas. O tipo e alcance de tais consentimentos não se distinguem decisivamente daquele do Google. Neste sentido, os usuários têm uma possibilidade de escolher entre máquinas de busca, mas não a oportunidade de ampliar a proteção de sua personalidade em comparação com o Google. Embora existam máquinas de busca que prometem não levantar e aproveitar dados dos usuários, a amplitude e qualidade do que outras máquinas de busca

---

<sup>47</sup> Sobre a renúncia à aplicabilidade do direito em função de Termos e Condições Gerais, veja Hoffmann-Riem, *Rechtliche Rahmenbedingungen für und regulative Herausforderungen durch Big Data*, in: Hoffmann-Riem (ed.), *Big Data – Regulative Herausforderungen*, p. 42, 2018.

proporcionam não se comparam com as do Google – ou mesmo do Yahoo ou Bing.

Ora, para a maioria das pessoas a possibilidade de busca por intermédio do Google não é vital, mas em muitas áreas da vida e esferas profissionais se espera que essas máquinas de busca sejam usadas. Isso aumenta a pressão de entregar os consentimentos exigidos.

Também existe uma pressão factual de consentir com os TCG no caso de pessoas que queiram fazer uso intensivo de redes sociais. Por exemplo, a participação na comunicação social de muitas pessoas se dá, em alto grau, por meio do Facebook, WhatsApp e Instagram<sup>48</sup>. Na maioria dos casos, elas se isolariam comunicacionalmente se não usassem esses serviços – o que ocorreria, p. ex., com crianças e jovens cujos pais ou responsáveis negassem o consentimento com os TCG. Muitas pessoas, particularmente crianças e jovens, também se isolariam socialmente, em muitos aspectos, fora da comunicação digital, já que os conteúdos comunicacionais veiculados pelas redes sociais também determinam, muitas vezes, outras formas de comunicação, particularmente a comunicação presencial.

Por causa desses e de outros fatores, existe uma espécie de coerção para a adesão. No caso de contratos, porém, a liberdade de decisão exige a liberdade de celebração, que é, ao mesmo tempo, uma condição para o funcionamento de mecanismos concorrenciais<sup>49</sup>. Embora o consentimento acarrete uma celebração de contrato do ponto de vista jurídico, esta equivale, *de facto*, a uma estipulação unilateral. Do ponto de vista dos usuários, isso não representa uma participação na autorregulação, mas uma regulamentação por parte da respectiva empresa.

## 5 OBSERVAÇÃO FINAL

Os exemplos apresentados até agora mostram que a auto-organização e a autorregulação/autorregulamentação predominam no âmbito da TI, mas que também há influências do Estado no comportamento de indivíduos privados e da sociedade, bem como nas estruturas determinantes. Todavia, em comparação com as possibilidades de organização em especial das empresas poderosas, o

---

<sup>48</sup> Para dados sobre a utilização do Facebook e outras redes sociais, também por crianças e jovens, veja Feierabend; Plankenhorn; Rathgeb, *Kindheit, Internet und Medien, Media Perspektiven*, p. 206 et seq., 2017.

<sup>49</sup> A respeito dessa questão, veja Magen, *Ein Wettbewerbskonzept für das Öffentliche Wettbewerbsrecht*, in: Kirchhof; Korte; Magen (ed.), *Öffentliches Wettbewerbsrecht*, 2014, p. 17, 48 et seq.

poder do Estado em influir de modo eficaz na autorregulação tende a ser marginal. Não obstante a grande importância das infraestruturas e dos serviços de TI para o Estado e a sociedade, bem como em face das oportunidades e dos riscos associados à sua utilização e ampliação, é importante que haja possibilidades suficientes de que órgãos estatais assegurem efetivamente interesses do bem comum, também na medida em que isso exija providências para corrigir as consideráveis assimetrias de poder existentes.

Aos Estados Democráticos de Direito, na sua forma moderna de Estados-Garantia (*Gewährleistungsstaaten*)<sup>50</sup>, cabe essencialmente, em todo caso, a tarefa de aproveitar suas possibilidades de conformar a proteção da liberdade para todas as pessoas por meio do Direito. Nesse sentido, a sociedade civil também deveria aproveitar suas possibilidades de exercer o papel de guardiã e, ao mesmo tempo, incentivadora.

Submissão em: 20.08.2019

Avaliado em: 26.08.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 21.08.2019 (Avaliador B)

Aceito em: 27.08.2019

---

<sup>50</sup> Quanto a esse conceito, veja, *pars pro toto*, Eifert, *Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat*, 1998, p. 18 et seq., 193 et seq.; Hoffmann-Riem, *Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch: Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen*, AöR, v. 130, p. 5 (9 et seq.), 2005; Schuppert, *Der Gewährleistungsstaat: ein Leitbild auf dem Prüfstand*, 2005.



