

Directores:

Gabriel Martín Rodríguez

Sandra López de Zubiría

Coordinadores

Fábio da Silva Veiga

Álvaro Alzina Lozano

ESTUDIOS DE DERECHO Y GOBERNANZA



IBEROJUR



Universidad
Rey Juan Carlos

Directores:

Gabriel Martín Rodríguez

Sandra López de Zubiría

Coordinadores

Fábio da Silva Veiga

Álvaro Alzina Lozano

ESTUDIOS DE DERECHO Y GOBERNANZA

Porto | Madrid
2023



O editor não é responsável pelas opiniões, comentários e manifestações contidas nos textos dos respectivos autores. A presente obra expõe exclusivamente a opinião de cada autor como manifestação do seu direito à liberdade de expressão e ao padrão acadêmico-científico definido pelo parâmetro de revisão do Comité Científico. O editor se opõe expressamente a qualquer das páginas desta obra ou partes da mesma nas quais sejam utilizados resumos ou textos jornalísticos. Qualquer forma de reprodução, distribuição, comunicação pública ou transformação desta obra só pode ser realizada mediante autorização de seus titulares, salvo exceção prevista na lei. Portanto, este livro não poderá ser reproduzido de forma integral sem a autorização prévia dos editores. Os autores dos capítulos ficam autorizados à reprodução e indexação na forma eletrônica sem fins comerciais, fazendo-se menção de que os respectivos textos pertencem à integralidade do livro, desde que citados o editor e demais informações da obra. Quaisquer outras formas de cessão do uso da obra, sem a autorização prévia, por escrito, dos titulares do copyright, são consideradas proibidas.

Avaliação double-blind peer review

O procedimento de seleção de originais ajusta-se aos critérios específicos de investigação, no qual se indica que as admissões dos trabalhos publicados respondem a critérios de qualidade equiparáveis aos exigidos pelas revistas científicas, nomeadamente avaliação *double-blind peer review* do Comité Científico composto por doutorados que avaliam em conformidade com a especialização da matéria.

The editor is not responsible for the opinions, comments and manifestations contained in the texts of the respective authors. This book presents exclusively the opinion of each author as a manifestation of their right to freedom of expression and the academic-scientific standard defined by the Scientific Committee's review parameter. The editor expressly opposes any of the pages of this work or parts thereof in which summaries or journalistic texts are used. Any form of reproduction, distribution, public communication or transformation of this work can only be carried out with the authorization of its right holders, except for the exception provided for by law. Therefore, this book may not be reproduced in full without the prior permission of the publishers. The authors of the chapters are authorized to reproduce and index them electronically for non-commercial purposes, mentioning that the respective texts belong to the entire book, provided if the publisher and other information about the work are cited. Any other forms of assignment of use of the work, without the prior written authorization of the copyright holders, are considered prohibited.

Process of evaluation is the system of double-blind peer review

The original selection procedure adjusts to specific research criteria, in which it is indicated that the admission of published papers responds to quality criteria comparable to those required by scientific journals, namely double-blind peer review evaluation by the Scientific Committee composed of doctorates that they evaluate in accordance with the expertise of the matter.

Ficha Técnica

© 2023 Instituto Iberoamericano de Estudios Jurídicos– IBEROJUR

Título: Estudios de Derecho y Gobernanza

Directores: Gabriel Martín Rodríguez e Sandra López de Zubiría

Coordenadores: Fábio da Silva Veiga e Alvaro Alzina Lozano

Edição e Diagramação: Larissa de Souza Cunha Ouchi

Capa: Bruna Peres

© [Autores vários]

Suporte: Electrónico; Formato: PDF/ PDF/A.

ISBN: 978-989-35342-5-0

1ª edição: Instituto Iberoamericano de Estudios Jurídicos e Universidad Rey Juan Carlos

Rua de Avilhó, 214, Matosinhos (Porto) - Portugal.

Dezembro, 2023.

Depósito Legal - Biblioteca Nacional de Portugal n.º: 524559/23

Citação:

MARTÍN RODRÍGUEZ, Gabriel; LÓPEZ DE ZUBIRÍA, Sandra (dirs.) ALZINA LOZANO, Álvaro; VEIGA, Fábio da Silva (Coord.s). Estudios de Derecho y Gobernanza. Porto/Madrid: Instituto Iberoamericano de Estudios Jurídicos e Universidad Rey Juan Carlos, 2023, 947 págs. ISBN: 978-989-35342-5-0.

COMITÉ CIENTIFICO

Adriano Marteleto Godinho

Álvaro Alzina Lozano

André Studart

António Francisco de Sousa

Augusto Jobim

Beatriz García Sánchez

Catherine Maia

Denise Fincato

Doglas Lucas

Elena Atienza Macias

Fabio Veiga

Filippo Viglione

Francesca Benatti

Frederico Oliveira

Gabriel Martín Rodríguez

Giuseppe Portonera

Gianpaolo Poggio Smanio

Irene Rovira Ferrer

Jeferson Bacelar

João Proença Xavier

José León Alapont

José Sérgio Cristóvam

Juraci Mourão Lopes Filho

Maria Cláudia Antunes de Souza

Marcia Andrea Buhring

Maria Creusa Borges

Maria de Fátima Ribeiro

Maria do Rosário Anjos

Mônica Tassigny

Renata Albuquerque

Vania Siciliano Aieta

Valter Moura do Carmo

Wilson Engelman

Zélia Pierdoná

APRESENTAÇÃO

A obra representa o resultado dos trabalhos avaliados por um grupo de profissionais altamente qualificados que integraram o Comité Científico do VI Congreso Internacional sobre Derecho, Gobernanza e Innovación (VI CIDIGIN), realizado nos dias 13, 14 e 15 de julho de 2023, na Universidad Rey Juan Carlos, cidade de Madrid, Espanha.

O congresso teve por objetivo dar resposta a alguns dos principais desafios enfrentados pela sociedade contemporânea, em especial o debate sobre os instrumentos de governança pública e privada, a interpretação jurídica dos processos de inovação, o pensamento académico de construção de novos conceitos e os marcos teóricos de aplicação do direito.

O VI CIDIGIN se caracteriza por ser um projeto que abrange áreas do Direito Público tradicional (como o Direito Constitucional e Direito Administrativo), assim como áreas mais desafiadoras para o direito contemporâneo (a exemplo do Direito das Novas Tecnologias).

De outro lado, nos painéis do VI CIDIGIN, os investigadores/pesquisadores puderam encontrar temáticas que fazem a interconexão entre o direito e a inovação, perpassando de forma precisa pelos temas mais candentes da atualidade, como a justiça inteligente, plataformas de transmissão, smart contracts, smart cities, entre tantos outros assuntos de elevado interesse científico-académico.

Constituído por um Comité Científico internacional altamente qualificado, o VI CIDIGIN traz na sua história a experiência de ter passado por universidades de excelência internacional, como as seguintes: Universidade de Santiago de Compostela, Espanha (2017), Instituto Politécnico da Maia, Portugal (2018), Universidade Federal da Paraíba, Brasil (2019), Universidad CEU Cardenal Herrera, Espanha (2020) e Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil (2021). Temos a honra de dar continuidade ao trabalho de promoção da ciência jurídica Iberoamericana em terras espanholas, e a Universidad Rey Juan Carlos (2023) passou a fazer parte desta história de grande impacto científico internacional ao receber o VI CIDIGIN.

Prof. Doutor Fábio da Silva Veiga
Presidente do IBEROJUR
Professor de Direito Empresarial da Universidade Lusófona, Portugal

Sumário

Balancing Freedom and Security: A New Chapter in European Criminal Law?.....	14
Inês Pereira de Sousa	
Who is Held Liable for Damages Caused by The Use of AI in Sports?	25
Sónia Moreira	
Patrícia Sousa Borges	
Neuroprivacidad: Una Nueva Frontera de los Derechos Humanos en la Era Digital	40
Antonio J. Villanueva Tobalina	
La Problemática de Los Derechos Fundamentales de los Menores Nacidos Mediante la Maternidad Subrogada. El Derecho a la Vida Privada y Familiar.....	52
Apanguela Samuco	
El Papel de las Ciudades Inteligentes en la <i>Gubernamentalidad</i> de la Crisis Energética y Del Cambio Climático.....	62
Claudia R. Pereira Nunes	
Los Desafíos de la Cultura Política Democrática para La Democracia Electoral Mexicana	78
Enoc Francisco Morán Torres	
IVA y Comercio Electrónico: Introducción al Proyecto Vat in Digital Age (ViDA)	95
Estefanía Harana Suano	
Pueblos Indígenas y Tecnología Digital: Derechos, Límites y Desafíos	111
Felipe Marquette de Sousa	
Inteligencia Artificial en la Administración Pública: El Reto de La Transparencia Algorítmica	124
Jose Ignacio Herce Maza	
Prestación de Servicios Públicos en el Metaverso: ¿Mera Ficción o Imposición Constitucional?	142
Luiz Alberto Blanchet	
Melissa Trento	
El Impacto del VAR en el Fútbol Profesional y la Percepción de los Aficionados en las Redes Sociales.....	157
Rafael Ribeiro Gonçalves	
O Devido Processo Legal NO Mundo do Procedimento HI TECH.....	173
Alessandro Severino Valler Zenni	
Raquel Salgado	
O Descumprimento da Função Social da Propriedade e Suas Consequências	188

Alexandre Barbosa da Silva	
Gabriela Venturella de Souza	
Murilo Augusto da Silva Berticelli	
Eu, Robô: a (Im) Possibilidade da Utilização da Inteligência Artificial em Substituição ao Mediador.	200
Alline Berger de Oliveira	
Beatriz de Souza Machado	
Reichiele Vanessa Vervloet de Carvalho Malanchini	
Ativismo Judicial no Brasil: A Partir de que Momento o Juiz se Torna Legislador?	210
Ana Clara Cabral de Sousa Cunha	
Métodos Consensuais, ODR E AI: Vislumbre do Efetivo e Igualitário Acesso à Justiça Criminal dos Direitos da Mulher e Família	216
Ana Clara Ferreira Beraldo	
Lânia Francine Gonzaga	
Guilherme Prado Bohac de Haro	
O Direito de Participação das Crianças na Vida Cultural ao Abrigo dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas	231
Ana Sofia Carvalho	
Isabel Restier Poças	
As Práticas ESG e a Atuação Empresarial no Desenvolvimento Sustentável: da Simulação à Prática.	243
Ana Paola Bastos Xerez	
João Ricardo Holanda do Nascimento	
Renata Albuquerque Lima	
Atos de Guerra Cibernética: Possibilidade de Enquadramento como Crime pelo Tribunal Penal Internacional	252
André Luiz Batista Neves	
João Glicério de Oliveira Filho	
Laura Lyra Borja	
Proteção Interamericana dos Direitos da Criança: Desafios para a Superação da “Brecha Digital” em Vista de Uma Educação Tecnológica e Inclusiva.....	267
André Luiz Batista Neves	
João Glicério de Oliveira Filho	
João Paulo Lima dos Santos	
O Controle Jurisdicional do Tribunal de Justiça do Estado Pará Quanto a Concretização dos Direitos Fundamentais da Saúde	281
Ariane Brito Cal Athias	

Ezequias Mendes Maciel	
O Sistema de Precedentes no Âmbito Penal e a Salvaguarda Dos Direitos Humanos	
.....	302
Beatriz Abraão de Oliveira	
Karina Velasco de Oliveira	
A (In) Segurança Jurídica em Matéria Ambiental: a Compatibilização da Proteção ao Meio Ambiente Com o Princípio da Livre Iniciativa.....	306
Bruno Carvalho Pires Leal	
Directiva UE 2016/680, Dados Pessoais e Redes Sociais: a sua Utilização em Processos Penais	319
Bruno de Oliveira Moura	
A Certificação RTRS (Round Table On Responsible Soy) na Difusão Global da Soja Sustentável e Seus efeitos Extraterritoriais no Brasi.....	345
Carolina Merida	
Cárita Batista Andrade Gomes	
Governança Digital e Participação Cidadã: Uma Proposta de Plataforma de Incentivo para Políticas Públicas	360
Dora Resende Alves	
Ana Caroline de Melo Tavares	
Influência Prática da via Consenso na Cláusula Contratual de Eleição de Foro ...	370
Dulce Maria Martins do Nascimento	
O Marco Legal das Startups e a (Im) Possibilidade de Participação de Terceiros Investidores na Tomada de Decisão das Startups.....	385
Eduardo Oliveira Agostinho	
Gregório Portugal de Oliveira Furquim	
Uma Abordagem à Proteção de Dados Aliada à Segurança e Saúde no Trabalho na Era Digital	397
Elisabete Santos	
Considerações em Torno da Elaboração de Uma Obra Introdutória ao Direito....	412
Elisabete Santos	
Mário Barata	
Compliance como Mecanismo para Garantir a Ética e a Integridade no Exercício das Atividades das Instituições Privadas de Ensino Superior do Brasil.....	426
Fábio da Silva Veiga	
Isabela Ferrari Berti	
Douglas Henrique Finkler de Camargo	
O Impacto da <i>Blockchain</i> no Direito Bancário	439

Fábio da Silva Veiga	
Sérgio Daniel Martins Estorãos	
A Adesão Automática na Previdência Complementar Diante do Princípio da Facultatividade	455
Fábio Junqueira de Carvalho	
Fábio Lucas de Albuquerque Lima	
Mariana Jacobovis Neves	
Inteligência Artificial na Administração Pública Brasileira: Eficiência X Proteção de Dados.....	466
Gabrielle Bezerra Sales Sarlet	
Taina Daniele Werle	
Desenvolvimento Urbano Sustentável: Um Ambiente de Integração e Inovação para a Obtenção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais	481
Gabriela Soldano Garcez	
É Possível uma Proposta Semipresidencialista à Luz do Sistema Federalista Adotado na Constituição Brasileira de 1988? Caminhos para o Semipresidencialismo no Brasil.	495
Guilherme Mazarello Nóbrega de Santana	
Leonardo R. de Ávila e Silva	
A Boa Governança Corporativa Como Meio Para a Transição Justa da Economia e Proteção da Saúde dos Trabalhadores Contra o Aquecimento global	510
Hélio Barbosa Hissa Filho	
As <i>Smart Cities</i> e o (Direito) À Inclusão Social	524
Isabel Celeste Fonseca	
Camilo Stangherlim Ferraresi	
Constitucionalismo Feminista: a Importância do Pensamento Feminista e da Participação das Mulheres no Direito.....	539
Isabela Christina Arrieta Masciero	
A Tecnologia como um Instrumento para o Respeito aos Direitos Fundamentais do Acusado: a Possibilidade de Substituição da Prisão Preventiva	550
Jorge Rafael Matos	
A Importância da Linguagem para a Comprovação do Fato Jurídico Tributário: Análise no Âmbito do Lançamento Tributário e do Processo Judicial	564
José Anijar Fragoso Rei	
A Organização da Prestação do Socorro no Município de Vila Nova de Gaia: Capacidades e Vulnerabilidades na Articulação Entre Corpos de Bombeiros	584
José Carlos Cidade	

O Dispute Boards em Contratos de Obras Públicas – o Remédio Contra as Paralisações de Grandes Obras.....	592
Keila Oliveira Kremer	
Metodologia e Aplicabilidade do Modelo de Execução Penal Apaquetano na América Latina sob a Ótica da Justiça Juvenil e da Justiça Restaurativa.....	599
Lucas Luiz Marzinotto	
Guilherme Gomes Vieira	
A Economia Circular como Paradigma de Incentivo ao Trabalho Digno e ao Meio Ambiente Equilibrado na Cidade de Quinze Minutos.....	614
Luciana Faria de Carvalho	
Ricardo Pinha Alonso	
Da Inteligência Artificial à Justiça: o Papel do CHATGPT na Mitigação do Ativismo Judicial.....	624
Luna Stipp.	
Bruna Guesso Scarmagnan Pavelski	
Fernando de Brito Alves.	
A Idade nas Relações Laborais: Fator de Desigualdade ou de Direito?	636
Mara Catarina Mesquita Lopes Leite	
Método para Identificar e Demonstrar a <i>Ratio Decidendi</i> dos Precedentes Judiciais	650
Marcelo Lamy	
Danilo de Oliveira	
Startups no Brasil: (In)Eficiência da Promoção da Inovação Aberta Sob a Perspectiva da Nova Economia Institucional.....	659
Marcia Carla Pereira Ribeiro	
Weimar Freire da Rocha Jr.	
Letícia Marinhuk	
Imigrantes e Força de Trabalho: o Cenário Brasileiro Contemporâneo Garante com (In)Eficácia a Igualdade de Direitos Trabalhistas?.....	674
Maria Cristina Alves Delgado de Ávila	
Boas Práticas de ESG na governação de Empresas Brasileiras e na Proteção do Meio Ambiente	685
Mariana Lopes Andrade	
Questões Extrajudiciais e de Processo Civil Aplicadas à Indústria do Entretenimento e Novas Tecnologias - Racionalização do Acesso à Justiça.	696
Mariana Molisani	
As Alterações ao Código Penal Espanhol na Sequência do Caso “La Manada”: Exemplo a Seguir pelo Ordenamento Jurídico Português?.....	704

Mariana Vilas Boas	
O Trabalho Decente no Mundo Globalizado: Dumping Social e Preocupação Internacional	719
Marlus Eduardo Losso	
A Regulação do Teletrabalho Transnacional sob a Perspectiva da Teoria dos Custos de Transação	730
Miriam Olivia Knopik Ferraz	
Danna Catharina Mascarello Luciani	
Oksandro Osdival Gonçalves	
A Definição da Parentalidade Diante da Autoinseminação	745
Patricia Ferreira Rocha	
Planejamento Sucessório em Empresas Familiares Rurais: Holding e Governança Corporativa e Familiar.....	756
Patrícia Machado Iserhardt	
Dano Punitivo como Substituto do Dano Moral nas Lides Consumeristas.....	771
Paulo André Pedroza de Lima	
A Constitucionalização das Políticas Públicas como Instrumento para o Desenvolvimento Social do Agricultor Familiar	783
Rafael dos Reis Bonifácio.	
Mariana Nascimento Siqueira.	
Carolina.Merida	
Construção do Consenso, Justiça Multiportas e Crise do Judiciário: Oportunidades de Racionalização do Acesso à Justiça	797
Renata Balthazar Pereira Alves	
O Papel do Agronegócio Brasileiro na Garantia do Direito à Alimentação Frente ao Direito de Sustentabilidade e Proteção ao Meio Ambiente.....	809
Renato Silveira Gonçalves Júnior	
Murilo Couto Lacerda	
A Desgovernança das <i>Holdings</i> Rurais Familiares – Os Princípios de Gestão e a Função Social da Empresa.....	822
Rogério Luiz Nery da Silva	
Carolina Merida	
Karolyne Aparecida Lima Maluf	
A Integridade Administrativa Sob a Ótica do Atendimento das Políticas Públicas Devidas pelo Estado: Uma Abordagem Sobre a Consecução da Justiça	837
Sávia Maria Leite Rodrigues	

Modificação na Oferta de Emprego: a Experiência Portuguesa em Políticas de (Re)Qualificação Profissional (<i>Reskills</i>).....	852
Stéphani da Silva Lietz	
Filtro nas Cortes Superiores, Inteligência Artificial e o Direito Fundamental de Acesso à Justiça	867
Stefanie Turatti	
A Comprovação dos Gastos em IRC.....	875
Susana Aldeia	
Gamificação na Educação Jurídica: um Estudo Sobre Os Fundamentos Teóricos Para Criação de Jogo Educativo Digital e a Importância da Ludicidade no Processo de Ensino-Aprendizagem.....	885
Taciana Santos Lustosa	
Adilson Pereira	
Dilemas da Tributação na Economia Digital: Perspectivas da União Europeia e OCDE Contra a Concorrência Fiscal.....	899
Tales Schmidke Barbosa	
Claudia Garcia Horchel	
<i>Online Dispute Resolutions Platforms (ODRs): Plataformas On-Line Brasileiras de Resolução de Disputas Em Matéria de Direito Internacional de Consumo.....</i>	914
Vera Lúcia Viegas-Liquidato	
O(S) Dilema(S) para o Futuro da Tributação Ambiental	924
Victor Gustavo Rocha Nylander	
Ana Carolina Barros Pinheiro Carrenho	
Tendências Regulatórias para Empresas no Contexto das Novas Regulações de Mercado: O trabalho com Tecnologias em Startups	938
Yasmin Fernanda Prepichini	

Balancing Freedom and Security: A New Chapter in European Criminal Law?

Inês Pereira de Sousa¹

Summary: I. The development of European Criminal Law: between freedom and security; II. Balancing freedom and security in surrender procedures; 2.1. The *WS v. Bundesrepublik Deutschland* Judgement; III. Rethinking the ‘security *versus* freedom’ dilemma in surrender procedures; IV. Final Considerations

Abstract: The non-absolute character of the principle of mutual recognition (and of mutual trust) allows the refusal of the European Arrest Warrant on certain grounds. However, such decision does not produce binding effects for the authorities of other Member States, which may lead to the re-arrest of the same person, for the same facts, in different Member States. The same scenario might also occur in extradition procedures. The independence between the alerts entered in the Schengen Information System or in the Interpol system, and the European Arrest Warrant or the extradition procedures promote these situations, which means that a national decision refusing a surrender does not affect the subsistence of the alert. To prevent these situations and to favour the freedom of movement, an obligation to recognise judicial decisions refusing the surrender, under certain circumstances, should be considered. In fact, extending the principle of mutual recognition in this direction would benefit the exercise of the right of free movement by preventing new arrests each time the person decides to travel within the European Union. Yet, a proposal of such nature might raise some challenges, such as its interaction with national sovereignty and its harmonization with the current case-law of the European Court of Justice. The question at stake requires a reflection upon the level of European criminal integration and the tension between freedom and security in the European criminal area.

Keywords: freedom of movement; security; European criminal law; principle of mutual recognition; surrender proceedings.

I. The Development of European Criminal Law: Between Freedom and Security

The principle of mutual recognition has fomented the development of European integration substantially as regards the criminal field, making it possible to reconcile Member States’ will to preserve their sovereignty with the need for interstate cooperation to prevent impunity and to fight criminality. The model emerged as an interstate cooperation solution to keep pace with freedom of movement, since the absence of internal borders also promoted an “unwanted side-effect” (Klimek, 2011, p. 146) – it favoured the free movement of criminals.

¹ Invited Lecturer and PhD Candidate, Universidade Católica Portuguesa, Faculty of Law, Católica Research Centre for the Future of Law, Portugal; Member of ANESC and EUCRIM; isousa@ucp.pt. This paper is financially supported by national funds through FCT – Foundation for Science and Technology, IP, within the Project UIDB/04859/2020.

The criminal field has always been a delicate matter in terms of interstate cooperation. However, the exercise of freedom demands a safe environment. The need to fight cross-border criminality and the fact that the functioning of the mutual recognition principle only requires an acceptance of decisions previously issued by other judicial authorities, without the need for substantial changes in national criminal law and procedure, has appeased States' reluctance to cooperate.

Cooperation in criminal matters is motivated by and requires the need to balance freedom and security. Regarding the first value, it should be understood in a broad sense, in a European sense, as it is supposed to include its exercise in a safe context. According to the European Commission (1998, p. 5), the concept of freedom also comprises “[living] in a law-abiding environment in the knowledge that public authorities are using everything in their individual and collective power (nationally, at the level of the Union and beyond) to combat and contain those who seek to deny or abuse that freedom”.

As a matter of fact, the Treaty of the European Union sets, in its Article 3(2), that the European Union: “shall offer its citizens an area of freedom, security and justice without internal frontiers, in which the free movement of persons is ensured in conjunction with appropriate measures with respect to external border controls, asylum, immigration and the prevention and combating of crime”.

The historical reason for the adoption of the European Arrest Warrant and other cooperation mechanisms based on mutual recognition was the need to balance free movement and security, which is not easy and sometimes requires a sacrifice on the part of one of these values.² To reinforce security, a more appropriate model of cooperation was needed, one which would also ensure a safer exercise of free movement. However, the adoption of certain measures to strengthen security might seriously hinder or restrict the freedom of movement. Thus, all possible solutions to prevent a substantial restriction of freedom should be considered to avoid the distortion of the European freedom of movement.

II. Balancing Freedom and Security in Surrender Procedures

An example of a measure adopted to reinforce security that might restrict freedom is the possibility of a person against whom an Interpol red notice or Schengen Information System alert was issued being rearrested in another European Union Member-State or a

² As described by Harmut Marhold, “[t]he balance between freedom and security has ever been and still is delicate” (Marhold, 2016, p. 21).

Contracting State of the Schengen *acquis* for the same facts. In other words, this reality could be demonstrated by the position of a person subjected to deprivation of liberty due to either a European arrest warrant or an extradition request caused by an Interpol or a Schengen Information System (SIS) alert. After the refusal to execute the European, arrest warrant or the extradition request by the executing or the requested State. If that same person decides to travel to another Member State, he or she may see his or her freedom restricted again because it is not guaranteed that the State to which the person decided to travel will not carry out a new arrest due to same alert. In fact, alerts in the Schengen Information System or Interpol are independent from European arrest warrant or extradition procedures, which means that a national decision refusing a surrender does not affect the subsistence of the alert.

Both these alerts aim to improve security and constitute preventative legal safeguards (Calcara, 2021, p. 131). The Interpol red notice consists of “requests sent to law enforcement agencies of other member states” (San, 2022, p. 602). Under Article 82 of the Interpol Rules on Processing Data, a red notice is an alert published at the request of national or international authorities with powers of investigation and prosecution in criminal matters. To seek the location of a person and his or her detention, arrest, or restriction of movement for the purpose of extradition, surrender, or similar lawful action. Following the location of the person, some steps should be taken, in accordance with Article 87 of Interpol Rules on Processing Data, i.e., the State where the person has been located shall immediately inform Interpol and the requesting authorities, and the State can temporarily arrest the person or restrict his or her free movement.

Regarding the Schengen Information System, it enables competent national authorities to access alerts on persons and property for the purposes of border checks and other police and customs checks, with the aim of maintaining public policy and public security in the Contracting Parties’ territory.³ If a State is looking for an individual for extradition purposes, it can enter data on the person in the System and issue an alert, which can be sent to another Contracting State. The according to Article 95 of Convention of 19 June 1990 Implementing the Schengen Agreement (CISA) of 14 June 1985 on the gradual abolition of controls at common borders.

As provided for in Article 18 of the Interpol Rules on Processing Data, in the Interpol system, a person can challenge the red notice validity before an independent body – the

³ See articles 92 and 93 of the Convention of 19 June 1990 implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 on the gradual abolition of controls at common borders.

Commission for the Control of Interpol's Files –, which may order its elimination. In the European Union, there is no instrument or entity equivalent to the Schengen Information System, which is paradoxical with the European Union's level of integration. Faced with a SIS alert, the person can only ask the national supervisory authorities to check the data entered in the SIS and its use and bring an action before the courts or the competent authorities to correct, delete, or obtain information or compensation in connection with the alert involving him or her (Articles 114 and 111 of CISA, respectively).

In fact, due to the advanced state of cooperation in the European Union, a SIS alert is equivalent to a European arrest warrant. According to Article 9(1) and (2) of Framework Decision 2002/584/JHA, on the European Arrest Warrant, the issuing judicial authority may, in any event, decide to put out an alert for the requested person in the Schengen Information System, and such alert shall be equivalent to a European arrest warrant accompanied by the information set out in Article 8(1).⁴ Outside the European Union, alerts are not enough to surrender a person. The Interpol notice is a request of assistance to an Interpol member. It is not an extradition request; neither can it originate, *per se*, an extradition request automatically. This parallel analysis emphasises the absence of a supranational remedy to challenge the validity of the Schengen Information System alert.

2.1. The *WS v. Bundesrepublik Deutschland* Judgement

Regarding this situation, in *WS v. Bundesrepublik Deutschland*,⁵ the Court of Justice was questioned, in the context of a preliminary ruling, whether the *ne bis in idem* principle prevented the provisional arrest of a person in respect of whom Interpol had published a red notice at the request of a third State. For the same facts, that person had already been the subject of criminal proceedings in a Contracting State or Member State, which, in turn, had been discontinued by the public prosecutor after said person, had fulfilled certain conditions. In this case, the exercise of freedom of movement had led to the movement of that person from one Member State to another, and the same Interpol red notice had led to a second arrest of said person for the same facts.

⁴ Namely, the identity and nationality of the requested person; the name, address, telephone and fax numbers and e-mail address of the issuing judicial authority; evidence of an enforceable judgment, an arrest warrant or any other enforceable judicial decision having the same effect; the nature and legal classification of the offence; a description of the circumstances in which the offence was committed, including the time, place and degree of participation in the offence by the requested person; the penalty imposed, if there is a final judgment, or the prescribed scale of penalties for the offence under the law of the issuing Member State; and, if possible, other consequences of the offence.

⁵ Judgement 12 May 2021, *WS v. Bundesrepublik Deutschland*, C-505/19, EU:C:2021:376.

In his Opinion delivered on 19 November 2020, Advocate-General Michal Bobek emphasized that the principle of *ne bis in idem* held in Article 54 of the CISA aims to ensure that the person who has his or her case “finally disposed” is “left undisturbed”.⁶ In other words, the individual “*must be able to move freely* without having to fear a fresh prosecution for the same acts in another Contracting State”.⁷

According to his position, a decision of a judicial authority of one Member-State “barring any further prosecution for the same act (...) must have the same effects elsewhere within one and the same area of freedom, security and justice”.⁸ MICHAL BOBEK remembered that European integration should be comparable with the functioning of the national legal system. In fact, within a Member State, a decision of a national judicial authority or a national court produces binding effects for other courts or judicial authorities. For example, if a national court decides that the trial of a person is finally disposed, this decision is binding in the national legal system (which does not mean that there cannot be the possibility of an internal appeal according to national law).

In the same way, if the European Area of Freedom, Security and Justice intends to create a single area of justice, a decision of such nature should also produce binding effects or, at least, be considered by a judicial authority of another Member State. Otherwise, Member States can temporarily limit the freedom of a person targeted by the alert or the red notice by the same facts to establish if his or her trial has been finally disposed of in another State. Perhaps the first reaction to this possibility is to invoke the principle of *ne bis in idem*. Yet, this may, at least at first sight, be incompatible with such principle, provided for both in Article 54 of the CISA and in Article 50 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

As regards the mentioned provision of the Charter, the ECJ has consistently affirmed that it “prohibits a duplication both of proceedings and of penalties of a criminal nature for the purposes of that article for the same acts and against the same person”. Which means that “the mere carrying out of procedural acts relating to the criminal prosecution of an individual is also prohibited under Article 54 of the CISA”.⁹

However, in *WS v. Bundesrepublik Deutschland*, this conclusion was not consensual. As noted by the Advocate-General, some States argued that the conclusion of violation of

⁶ Opinion of the Advocate-General Michal Bobek, delivered on 19 November 2020, *WS v. Bundesrepublik Deutschland* C-505/19, EU:C:2020:939, para. 54.

⁷ *Idem, ibidem*.

⁸ *Idem*, para. 55.

⁹ *Idem*, para. 65.

Article 54 of the CISA was “based on an excessively broad reading” of the provision.¹⁰ It should only capture the prosecution carried out by a Member State and it should not encompass the arrest in view of extradition, even if extradition enables prosecution in another State.

Regarding European Union law, the idea of multiple arrests in different States due to the same fact also affects and restricts the right of free movement, enshrined in Article 21(1) of Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). Article 54 of the CISA not only protects the right not to be tried or punished twice in criminal proceedings for the same criminal offence, but also safeguards the right to free movement on which the purpose of the Schengen Agreement rests. The abolition of checks at internal borders and the protection of the movement of persons were its main objectives, which were accompanied by adequate measures to ensure them. Likewise, the CISA established that a person whose trial has been finally disposed of in one Contracting Party may not be prosecuted in another Contracting Party. For the same acts provided that, if a penalty has been imposed, it has been enforced, is actually in the process of being enforced, or can no longer be enforced, under the laws of the sentencing Contracting Party.

If its main purpose is to protect freedom of movement, the *ne bis in idem* principle should also prevent new arrests in some circumstances. The hypothesis of a re-arrest when crossing borders is a limitation of a person’s freedom, and “despite being entitled to benefit from the principle *ne bis in idem*, [the person] is not (...) ‘left undisturbed’ or ‘able to move freely’ within the Union”.¹¹

In his conclusion, MICHAL BOBEK proposed that Article 54 of the CISA, in conjunction with Article 50 of the Charter, and Article 21(1) of TFEU preclude the implementation of a red notice issued by Interpol. The restriction of freedom of movement of a person “provided that there has been a final determination adopted by a competent authority of a Member State as to the actual application of the principle *ne bis in idem* in relation to the specific charges for which that notice was issued.”¹²

Yet, the ECJ did not share the same opinion. Although it recognised the importance of Articles 54 of the CISA and 50 of the Charter, which “derives from the constitutional traditions common to both Member States and Contracting States”¹³, the Court did not oppose to the possibility of a new arrest for the same facts and due to the same red notice.

¹⁰ *Idem*, para. 57.

¹¹ *Idem*, para. 64.

¹² *Idem*, para. 139.

¹³ Judgement 12 May 2021, *WS v. Bundesrepublik Deutschland*, C-505/19, EU:C:2021:376, para. 70.

The Court admitted that from the situation at stake resulted a doubt as to the applicability of the *ne bis in idem* principle. However, in such doubtful situation, the provisional arrest of a person might “constitute an essential step in order to carry out the necessary checks in that regard while avoiding the risk that the person concerned may abscond and thus avoid potential prosecution, in that third State”¹⁴.

Such line of thought was based on the existence of a public interest that justified the restriction of freedom. For the ECJ, the legitimate aim of preventing that person from evading punishment justifies the provisional arrest as an objective of “the area of freedom, security and justice without internal frontiers, in which the free movement of persons is ensured, as provided for in Article 3(2) TEU”¹⁵.

Therefore, the Court ruled that “in such a situation, Article 54 of the CISA does not preclude such provisional arrest, provided that it is essential for the purpose of those checks”, and the same interpretation was extended “to Article 21(1) of TFEU, read in the light of Article 50 of the Charter”¹⁶. In its judgement, the Court held an additional consideration: such understanding is not legitimate “where the authorities of a Contracting State or of a Member State to which that person travels have become aware of the fact that a final judicial decision. These has been taken in another Contracting State or in another Member State establishing that the *ne bis in idem* principle applies with regard to the acts covered by that red notice”¹⁷. With this jurisprudential construction, the ECJ drew the limits of the restriction of freedom that it itself validated.

The Court invoked Framework Decision 2002/584, on the European Arrest Warrant, and the Directive 2014/41, on the European Investigation Order. According to the Court of Justice, Article 12 of of Framework Decision 2002/584 allows the national authority to decide whether that person should remain in detention. In accordance with the law of the executing Member State; therefore, the arrest or detention of the person concerned “is precluded only if that authority has established that the *ne bis in idem* principle applies”¹⁸. Also, in accordance with Recital 17 of Directive 2014/41, the execution of the European Investigation Order “should not be subject to refusal where it is aimed at establishing whether a possible conflict with the *ne bis in idem* principle exists”¹⁹.

¹⁴ *Idem*, para. 84.

¹⁵ *Idem*, para. 86.

¹⁶ *Idem*, para. 84-85.

¹⁷ *Idem*, para. 89. See also para. 106.

¹⁸ *Idem*, para. 104.

¹⁹ *Idem*, para. 105.

Hence, the Court of Justice understood that Article 54 CISA and Article 21(1) TFEU did not preclude provisional arrest unless the trial of that person in respect of the same acts had already been finally disposed of by a Contracting State or a Member State²⁰.

III. Rethinking the ‘Security Versus Freedom’ Dilemma on Surrender Procedures

This issue motivated the European Criminal Bar Association (ECBA) Statement on Mutual Recognition of Extradition Decisions, published in June 2022, which suggested giving binding effect to certain decisions within the European Union and Schengen area to prevent the risk of a person being arrested repeatedly when exercising the right of free movement.

It was proposed to apply the principle of mutual recognition (and the principle of mutual trust) to the refusal of Member States’ judicial authorities to surrender someone. Before, said act would infringe the *ne bis* either *in idem* or in the proportionality principle or said authorities would have identified a risk of violation of fundamental rights (as long as the issuing State had taken no steps to remediate this risk).

With respect to the European arrest warrant, it will be a matter of recognising the decision of non-recognition, the decision to refuse the execution of the warrant. In fact, extending mutual recognition in this direction would be more favourable to the exercise of the right of free movement for preventing other arrests each time the person decided to travel within the European Union.

As we know, the principle of mutual recognition has its origins in the internal market,²¹ which ensures free movement, and it was effectively transposed into the Area of Freedom, Security and Justice with the adoption of the European arrest warrant. The first mechanism for judicial cooperation in criminal matters based on this model of (almost automatic) acceptance or recognition of the equivalence of judicial decisions issued by Member States’ authorities. Now, the same freedom of movement motivates a potential extension of the application of mutual recognition in favour of the person requested, which implies rethinking the scope of such principle and, consequently, the limits of mutual trust.

Some challenges may result from such proposal. First, a proposal of this nature raises concerns linked to national sovereignty, since imposing mutual recognition of said decisions

²⁰ Judgement 12 May 2021, *WS v. Bundesrepublik Deutschland*, C-505/19, EU:C:2021:376, para. 106.

²¹ About the historical evolution of such principle, see Muñoz de Morales Romero (2018), pp. 248-250.

might limit national authorities' discretion by imposing the duty to recognise the previous decision (the refusal) of the other State.

Secondly, in the context of European integration, trusting judicial decisions that do not recognise others might be a challenge due to the moment of questioning mutual trust that we are experiencing. Imagine that a judicial entity of one Member State issued the European arrest warrant, another judicial authority of another Member State examined the warrant and decided to refuse its execution, and a third judicial authority of yet another State verified that said previous refusal existed. In principle, given the intervention of three judicial authorities from different States, the safeguard of the independent and impartial assessment requirement is assured. However, it may raise some doubts depending on the Member States involved in the procedures.

Besides, the obligation to recognise a certain judicial decision that did not execute the European Arrest Warrant will restrict the assessment of the circumstances. According to the ECBA's proposal, in the case of the same person and the same facts, the assessment would not be carried out a second time. On the contrary, the judicial authority of the last Member State has the obligation to recognise the effects of the previous refusal to surrender adopted by the other Member State.

This does not mean that the circumstances cannot change, especially regarding the risk of violation of fundamental rights, but to determine whether the circumstances have changed, it is necessary to verify whether the national systemic failures have been eliminated, which contradicts the automatic functioning of the recognition proposed by the ECBA.

The Court of Justice has already ruled on the 'two-step test' created in *Aranyosi and Căldăraru*,²² and later expanded in the *LM* judgement, to the right to a fair trial,²³ defending that, even if there are elements that reveal systemic or generalised deficiencies (even if the first step of the test is fulfilled). The executing authority cannot presume that there are substantial grounds for believing that that person will, in case the risk of surrender to that Member State is a breach of fundamental rights.²⁴ In other words, the 'two-step test' cannot be converted into a 'one-step test'.²⁵

Could the potential binding effects of the European arrest warrant's refusal due to the real risk of violation of fundamental rights waive a (second) 'two-step test'? In the

²² Judgement of 5 April 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, C-404/15 e C-659/15 PPU, EU: C: 2016:198.

²³ Judgement of 25 July 2018, *Minister for Justice and Equality/ LM*, C 216/18 PPU, EU: C: 2018:586, n.º 58.

²⁴ Judgement of 17 December 2020, *L. and P.*, joined cases C-354/20 PPU and C-412/20 PPU, EU: C: 2020:1033, para. 69.

²⁵ In this regard, Thomas Vandamme (2021) affirmed that, for the Court of Justice, "[t]he two-step can't be the quick step".

hypothesis of the same person and the same facts, the test would not be carried out a second time, which could, eventually, determine an extension of the refusal to surrender even if those failures had already been corrected by the issuing Member State. This brings us to another issue: the potential need to establish a duration for the binding effects of the decision not to execute the warrant.

Furthermore, in cases regarding the same issuing Member State and similar circumstances, but concerning different persons, could the decision of non-execution constitute an objective, reliable, specific, and properly updated element confirming the existence of certain systemic or generalized failures or deficiencies in said Member State? Could that decision be considered in the first step of the test or be *per se* the first step in other cases?

Even though new arrests aim to promote security, the obligation to recognise said decisions would ensure freedom of movement and prevent others provisional arrests and assessments of the same case each time the person decided to travel within the European Union. Thus, the binding effect of refusal decisions could have a positive effect, saving human and financial resources that would potentially be spent on repeated assessments of the surrender in different States. This recommendation could reinvigorate the principle of mutual recognition so that its renewed version can ensure the freedom of movement of individuals who have already been the subject of a warrant that was refused later.

IV. Final Considerations

Across Europe, some persons face the risk of being rearrested. Even though free movement is a fundamental freedom and right of European citizens, there is no ground or remedy to prevent repeated arrests for the same facts, in the mentioned circumstances, in all remaining European Union and Schengen Contracting States. Thus, these persons are deprived of their right of free movement. It may be the case to question: *once a requested person, always a requested person?*

We are before a demonstration that mutual recognition should also be applicable to judicial decisions in favour of the individual. Such principle, described as the driving force of European criminal integration (Mitsilegas, 2022, p. 196), has promoted (and still promotes) cooperation in criminal matters and enabled the achievement of many landmarks in this field. Due to its importance, it makes sense to question its current role in surrender procedures.

Yet, the mentioned ECBA's proposal requires reflection as to the possible expansion of the duty of mutual recognition, and as to the tension between freedom and security. This could be a *momentum* for the principle of mutual recognition, a new chapter in balancing freedom and security – the eternal dilemma in the European Union criminal justice area.

References

CALCARA, G (2021). Balancing International Police Cooperation: INTERPOL and the Undesirable Trade-off Between Rights of Individuals and Global Security. *Liverpool Law Review* 42, 111–142. Doi: 10.1007/s10991-020-09266-9.

ECBA (2022). Statement on Mutual Recognition of Extradition Decisions. Retrieved from: /www.ecba.org/content/index.php/124-featured/852-ecba-statement-on-mutual-recognition-of-extradition-decisions-june-2023.

EUROPEAN COMMISSION (1998). Communication *Towards an Area of Freedom, Security and Justice*. COM (1998) 459 final.

KLIMEK, L. (2011). Surrender vs. Extradition: A Comparison Focused on Innovations of European Arrest Warrant. *International and Comparative Law Review*, 11 (1), 145-156. doi: 10.1515/iclr-2016-0101.

MARHOLD, H. (2016). The European “Area of Freedom, Security and Justice”, its evolution and three fundamental dilemmas. *L'Europe en Formation* 381(3), 9-24. doi: 10.3917/eufor.381.0009.

MITSILEGAS, V. (2022). *EU Criminal Law*. 2nd Edition. Oxford, United Kingdom: Hart Publishing.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. (2018). El Reconocimiento Mutuo en Materia Penal y los Derechos Fundamentales: De la Confianza «Ciega» a la Confianza Reservada. In L. Arroyo Jiménez and A. Nieto Martín (Dir.), *El Reconocimiento mutuo en el Derecho Español y Europeo* (pp. 248-250) Madrid, Spain: Marcial Pons, 248-250.

SAN, S (2022). Transnational policing between national political regimes and human rights norms: The case of the Interpol Red Notice system. *Theoretical Criminology* 26(4), 601–619. Doi: 10.1177/13624806221105280.

VANDAMME, T. (2021, February 10). ‘The two-step can’t be the quick step’: The CJEU reaffirms its case law on the European Arrest Warrant and the rule of law backsliding. European Law Blog. Retrieved from <https://europeanlawblog.eu/2021/02/10/the-two-step-cant-be-the-quick-step-the-cjeu-reaffirms-its-case-law-on-the-european-arrest-warrant-and-the-rule-of-law-backsliding/>

Who is Held Liable for Damages Caused by The Use of AI in Sports?

Sónia Moreira¹

Patrícia Sousa Borges²

Summary: 1. The AI Revolution and its introduction into Sports; 1.1 The sport referee and the analogy with the judge's decision-making power; 1.2 The introduction of AI systems in sports; 2. AI in Sport and its use in view of the European Union's position; 3. A Brief Conclusion.

Abstract: This study aims to rethink the use of Artificial Intelligence systems in sports and assess the efficiency of the response that the current legal system provides to the practice of illegal facts, originated by the use of these tools.

AI systems invisibly assist civil society. As such, this current reality could not be left out of the sports field, because the soccer market generates billions of euros and has become one of the largest revenues generating markets in the world, so that, to that extent, the demand and rigor of the competition are increasingly decisive factors for the promotion of a good show.

Due to this change, and aware that the introduction of these systems could be useful to the management of playing time as well as the sporting truth, in the last World Cup 2022, the *Fédération Internationale Football Association* introduced a major change in world soccer and implemented the use of algorithms for checking the offside line.

We have no doubt that these systems' introduction in sports contributes to a greater sporting truth, as these algorithms accurately detect compliance with the rules of the game. However, we cannot forget these systems also make mistakes that may lead to extensive damages.

The uncontrollable evolution of AI systems in the most varied activities has also alerted the European Union. It was in response to this concern that the European Commission presented a Proposal of Regulation on Artificial Intelligence, as well as a Proposal of a Directive of the European Parliament and of the Council on the adaptation of the rules of extra-contractual civil liability to artificial intelligence. More recently, amendments were also adopted by the European Parliament on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts, where the most recent proposals for uniform standards in this area are materialized.

In this vein, it becomes imperative to conduct a study on these proposals and assess to what extent they are sufficiently able to respond to the legal issues resulting from the use of AI systems in sport, or if, on the contrary, we need to continue claiming a real legislative action *de iure constituendo* that responds properly to the current technological civil society.

Keywords: Artificial Intelligence, Judge; Law, Proposal for a Directive on Civil Liability for AI; Soccer referee; Sports.

¹ Assistant Professor of the School Law of the University of Minho. Senior Researcher of JusGov – Research Centre for Justice and Governance.

² Invited Assistant of the School Law of the University of Minho. Non-doctoral researcher at JusGov – Research Centre for Justice and Governance.

1. The AI Revolution and its Introduction into Sports

It is undeniable how a mass of algorithms has invaded our routine, invisibly and stealthily, being able to assist us from the most basic and residual tasks to the most demanding and risky activities, such as, for example, the possibility of replacing a human being in the exercise of a certain activity. We live, therefore, undeniably, in the era of the digitalized society and economy. Having said this, we believe that the overwhelming force and speed with which AI has become installed in our activities has led to continuous disquiet on the part of the European Union, which watched attentively as a technological revolution materialized without. The civil society being truly prepared for this transformation, a disquiet that continues to this day, well evidenced by the constant publication of legislation proposals on the subject.

This revolutionary paradigm has also found a way into the sports practice, evidenced from not only the use of algorithms in the monitoring and development of athletes' physical capacity but also AI system's capacity of maximizing the interaction of the club with the fans. However, and despite the different levels of risk associated with the use of these algorithms in different activities³, the truth is that there are questions associated with this use that urgently require an answer.

This massive use of AI systems has led to the European Parliament Resolution of 16th February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL))⁴; to the European Parliament Resolution of 20th October 2020 with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence (2020/2014(INL))⁵. To the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts (of 21st April 2021)⁶ and to the Proposal for a Directive Of The European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive) of 28th September 2022⁷.

³ The European Commission, in the proposal for a Regulation on Artificial Intelligence, published in April 2021, hierarchized different levels of risk according to the activity in which AI is used. See EUROPEAN COMMISSION: *Proposal for a Regulation of the EUROPEAN Parliament and of the Council establishing harmonized rules concerning artificial intelligence (Artificial Intelligence Regulation) and amending certain Union legislative acts*, Brussels, 2021, Available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206&qid=1682348868535>, accessed on 27/03/2023.

⁴ Available at https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html, accessed on 24/04/2023.

⁵ Available at https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_EN.html, accessed on 24/04/2023.

⁶ Available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>, accessed on 24/04/2023.

⁷ Available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496&qid=1682347709904>, Accessed on 24/04/2023.

From this continuous legislative proposals, it is possible to extract (even if in an embryonic way) the position of the European Union regarding the use of AI systems, namely how the damages that derive from their use in the most varied activities should be addressed, in particular when used in the sports orbit.

1.1 The Sport Referee and the Analogy with the Judge's Decision-Making Power

Regarding the use of AI in the judicial system, many countries are already using AI systems to assist the human judge. In Portugal, these new systems are currently in operation in about 25% of the courts (seven judicial districts - Braga, Bragança, Beja, Coimbra, Évora, Guarda, Lisboa-Oeste - and 14 TAF), at the disposal of more than 400 magistrates, having processed more than 400 million documents and recorded more than 10,000 decisions. However, in Estonia the replacement of the human judge by algorithm systems is already being discussed⁸. However, it is necessary to analyze the use of AI systems in the sports orbit, particularly in soccer, as possible substitutes for the decision-making power of the soccer referee.

In 1863, the International Football Association Board was created⁹ as the body that defines the rules of soccer, having, on that same date, established the first guidelines on the rules to be followed in a soccer match. The truth is that this referee figure only emerged in 1868, at the time denominated as ‘umpire’, to whom they were attributed only roles outside of the game’s field and only summoned at one team’s request. Only in 1891, the referee started to play an active role inside the four lines of the pitch, conceiving his activity in the way we know it today. The referee may assess and decide according to the Laws of the Game. The Laws of the Game include 17 rules, and, according to Law 5, the referee is the “authority” of the game, which is played under his aegis and control, thus being responsible for the effective management of the match and for checking the compliance with all rules during the match. The same law gave the referee a discretionary power to interpret and decide the incidences of the game, according to his conviction, and his decisions on facts related to the game cannot be appealed, namely the validation or not of a goal. These characteristics imply that “the exercise of the functions of a referee requires their independence, whilst there are a series of situations of incompatibility between the exercise of the functions of referee

⁸ In this regard, the Estonian Ministry of Justice has announced the development of a robot judge, see - *JUSDECISUM: Artificial Intelligence: the world's first “robot judge” is already being developed*, available at <https://jusdecisum.jusbrasil.com.br/noticias/694911278/inteligencia-artificial-ja-esta-sendo-desenvolvido-o-primeiro-juiz-robo-do-mundo?ref=amp>, Accessed on 12/02/2023.

⁹ Hereinafter the acronym IFAB will be used.

and the exercise of other sports functions”¹⁰. This since the referee is the person “empowered by sports federation to ensure compliance with the rules of competition in the midst of it”¹¹.

Therefore, Law 6 concretizes the figure of the assistant referees. It is possible too quote the epigraph of the law, the other elements of the arbitration team, namely, two assistant referees, fourth referee, two additional assistant referees, reserve assistant referee, video referee and assistant video referee. The law is clear about their status on the field, and their role is secondary since their task is to assist the “main” referee. Therefore, “there is no doubt that, as the Laws of the Game state, the sports referee, as the main element of a team, enjoys a status of his own. A status that is hierarchically superior to the other elements of the arbitration team, because the referee is a sports agent imbued with an authority that gives him the power to manage and judge conflicts of interest submitted to his appreciation, as a result of the function he performs on the field of play”¹².

It is, therefore, insurmountable that the judge (judicial) and the judge (sports) are assigned a decision-making function, a position taken in response to the concrete facts that are presented to them, assessed in accordance with compliance with the law. To this extent, the author Francisco Corte Real equates the referee to the judge, stating, “The referee is for Sports as the judge is for Law - not in the literal sense of judge, but in its function of guarantor of the effectiveness of the rules and their application to the concrete case. Like the judge of law, the referee should be characterized by his neutrality, impartiality and independence in relation to sportsmen and sporting institutions they represent, in order to ensure respect for the truth of sport”¹³.

1.2 The Introduction of AI Systems in Sports

There are similar unsurpassable characteristics between the exercise of these two functions¹⁴, for in fact, as with the judge seated in the court, the arbitrator judge holds a power of appreciation and judgment according to the laws of the game and, to that extent, his impartial function is quite similar to that which guides the judiciary. However, we can already point out one difference: the time of the decision-making process. Unlike the judge,

¹⁰ BARBOSA, N., “O estatuto jurídico do árbitro no direito português”, *Direito do Desporto Profissional, Contributos de um curso de Pós-Graduação*, in AA. VV., Ricardo Costa and João Leal Amado (eds.) col. no. 6, Almedina, 2011, p. 51.

¹¹ *Ibis Ditto*.

¹² BORGES, P. S., *Direito Penal Desportivo: a corrupção desportiva e o árbitro de futebol*. Nova Causa Edições Jurídicas. Braga, 2021, p. 56.

¹³ REAL, F. C., “Árbitro”, *Enciclopédia de Direito do Desporto*, in Mestre, A. L. (ed.), Gestlegal, Coimbra, 2019, p. 31.

¹⁴ Notwithstanding the fact that we must not forget that the judge of law exercises jurisdictional power, with his or her own status recognized in articles 215 and following of the Constitution of the Portuguese Republic.

who has access to the case file, hears the parties, hears the witnesses' testimony, and, after analysing the evidence produced during the hearing and trial, issues a decision, the referee-judge has fractions of a second to issue a decision that may effectively change the course of the game.

Regarding the use of AI systems to assist the judge of law prior to making a decision, namely with the automatic organization of procedural documents, it seems to us that such help may be useful to speed up the process. However, with regard to the implementation of AI systems in sports, in casu, in a soccer match, replacing a soccer referee, it is important to assess whether it will be beneficial to verify compliance with the laws of the game, and ultimately, to achieve the principle of sports truth in the competition and the result itself¹⁵.

The soccer market generates billions of euros and has become one of the largest revenue generating markets in the world, which means that the requirement and rigor of the competition are increasingly determining factors for the promotion of a good show. Note that the referee is one of the active subjects of this event and, therefore, FIFA has implemented, along the technological evolution, mechanisms that may assist the referee's decision-making process, since it believes that "the change will benefit the game [and focuses on] the fairness, integrity, respect, safety, the enjoyment of the participants and how technology can benefit"¹⁶. Currently, "the referee's decision-making process can be broken down into four distinct moments: first, the referee perceives a situation; then, the referee extracts a fact from that situation, and decides in accordance with the rules, finally implementing the application of the laws of the game"¹⁷.

However, taking into account the short time the referee has in his decision-making process, in recent years we have seen a revolution in the implementation of assistant referees, as well as technological systems that allow assisting the formulation of an appraisal judgment on a particular ball throw. In 2014, FIFA implemented Goal Line Technology (GLT), a tool capable of indicating to the referee whether the ball has completely crossed the goal line. Then, in 2019, FIFA introduced video refereeing (VAR) as one of the refereeing team members who can assist the referee in making a decision using the television image with replays, but only for "clear and obvious errors or serious undetected incidents concerning goal/non-goal, penalty/no penalty, direct red card (but not the 2nd yellow card). Or in the

¹⁵ In this regard, see BORGES, P. S., *Direito Penal Desportivo*, *op. cit.*, pp. 57 and ss.

¹⁶ INTERNATIONAL FOOTBALL ASSOCIATION BOARD, *Laws of the Game*, available at <https://www.theifab.com/>, accessed on 21/05/2023.

¹⁷ GOTTSCHALK, C., TEWES, S. and NIESTROJ, B., "The Innovation of Refereeing in Football through AI", in *International Journal of Innovation and Economic Development*, vol. 6, issue 2, 2020, p. 40, available for consultation at <https://www.dfl.de/en/innovation/xgoals-changing-how-we-evaluate-goalscoring-chances/>, accessed on 21/06/2023.

case of the referee commanding a wrong identification in one warning or expelling of a team player who committed an infraction¹⁸. Well, strictly speaking, we were not talking about AI systems yet, but about the introduction of technological systems in sports practice that reflected the incessant search for sports truth, and that, consequently, drove the introduction of AI systems as auxiliary tools in the referee's decision-making process.

Specifically, the *Bundesliga*, a German league, presented in 2019, a tool called xGoals, consisting of an algorithm that collects data from the game, namely, constitution of the teams and names of athletes, as well as the player's position on the field and based on that information presents a probability of a player scoring a goal. In this study, one can read that the “factors used in determining that probability include the angle of the shot, the shooter's distance from goal, the speed they are running at, whether there is an opponent marking them or not, where the goalkeeper is positioned and whether there are other defenders between the shooter and the goal”¹⁹.

Cedric Gottschalk, Stefan Tewes and Benjamin Niestroj brought the use of xGoals to the refereeing domain and made it important to, namely, analyse a clear goal-scoring opportunity. The probability of a player having to be sent off if he prevents a clear goal-scoring opportunity of the opposing team: “therefore, if the algorithm gives a high value, the referee gets an indication that the player should be sent off the field for denying an obvious goal-scoring opportunity”²⁰. Thus, this study evidenced the potential of using AI in soccer refereeing, identifying practical examples where the introduction of AI systems can be beneficial for decision making²¹, namely identifying decisions related to player positioning. Where the referee is not required to make a subjective analysis; the appreciation of a tactical foul; of a clear goal-scoring opportunity; determination if the ball is inside or outside the field of play, or even, identification of offside situations, where the interpretation is merely factual/objective. On the other hand, the authors identified possible limits to the use of algorithmic systems in sports refereeing, such as: decisions that require the referee to subjectively analyse a certain game situation, i.e., decisions that require adequacy, common sense and proportionality in the application of the laws of the game, that is, the so-called game management. There is no doubt that this work, carried out in 2019, was essential to enable the reality we currently see in sports practice²², considering that in just three years we

¹⁸ INTERNATIONAL FOOTBALL ASSOCIATION BOARD, *op. cit.*

¹⁹ GOTTSCHALK, C., TEWES, S. and NIESTROJ, B., “The Innovation...”, *op. cit.*, p. 40.

²⁰ *Idem*, p. 41.

²¹ *Idem*, p. 48.

²² In this regard, see, PALMEIRO, N., *Referencial para a utilização de técnicas de inteligência artificial no futebol*, MSc Dissertation in Information Management, Universidade Nova de Lisboa, 2020, pp. 18 to 24.

have seen the introduction of AI systems in refereeing, as tools to assist the referee's decision making.

Thus, the great revolution in assisting the soccer referee, motivated by the use of AI, appeared in 2022, with FIFA, world soccer's governing body, announcing that after conducting a three-year research work, it culminated with the conclusion that the introduction of algorithms assisting the assistant referees would contribute to the real purpose of sport: the sporting truth²³. Therefore, Nicolas Evans²⁴, leader of FIFA's team dedicated to innovation, implementation, and certification of new technologies, created an AI system, called - semi-automated offside technology. So, which consists in the introduction of twelve cameras near the field of play, capable of tracking ninety-nine body movements of the players, which together with the placement of a sensor on the ball allow the identification of the offside infraction²⁵ in a few seconds. The result obtained is immediately communicated to the VAR (video assistant referee), which will be equipped with all the tools to validate the referee's decision, alerting him to the error, in case of a wrong interpretation. Regarding this AI system, Pierluigi Collina, Chairman of the FIFA Referees Committee, said that its introduction will allow "faster and more accurate decisions"²⁶ and will contribute to the confidence of fans in the competition, since the images captured by this system may begin to be displayed on screens in the stadiums, providing feelings of credibility and sports truth.

Thus, ultimately, when considering the replacement of any element of the refereeing team, we only reach as possible the replacement of the assistant referee²⁷ when making certain specific decisions, such as in the analysis of offside, of the complete passage of the ball from the goal line, of a foul occurred inside or outside the penalty area. However, we cannot forget,

²³ For the development of the study of the principles that guide Sports Law, see BORGES, P. S.: *Direito Penal Desportivo...*, *op. cit.*, pp. 44 to 51.

²⁴ In addition to this introduction, it was recently announced by FIFA that the Qatar Football World Cup - 2023, will feature a new player data analysis tool. The system was developed by FIFA's High Performance Department, headed by Arsène Wenger, FIFA's Head of Global Football Development. In a statement Arsène Wenger had the opportunity to explain the reasons behind the introduction of this system, "*We would like to share our vision of using football data analytics combined with technical expert interpretation to create a new football intelligence, allowed everyone to better understand the game,*" adding further that, "*Enhanced football intelligence will be our blueprint for how we analyse football in the future.*" - v., WENGER, A., *FIFA to introduce enhanced football intelligence at FIFA World Cup 2022™*, Fédération Internationale de Football Association, 2022, available at <https://www.fifa.com/technical/football-technology/media-releases/fifa-to-introduce-enhanced-football-intelligence-at-fifa-world-cup-2022-tm>, accessed on 12/06/2023.

²⁵ Game Law Violation No. 11, INTERNATIONAL FOOTBALL ASSOCIATION BOARD, *op. cit.*

²⁶ COLLINA, P., *Semi-automated offside technology to be used at FIFA World Cup 2022™*, Fédération Internationale de Football Association, 2022, available at <https://www.fifa.com/technical/media-releases/semi-automated-offside-technology-to-be-used-at-fifa-world-cup-2022-tm>, accessed on 12/03/2023.

²⁷ According to Law 6, the "other match officials" are the two assistant referees, the fourth official, the two additional assistant referees, the reserve assistant referee, the video assistant referee (VAR) and at least one video assistant referee (AVAR). These refereeing team members will assist the referee in controlling the game in accordance with the Laws of the Game, but the referee will always make the final decision. - v. INTERNATIONAL FOOTBALL ASSOCIATION BOARD: *op. cit.*

and relying on what Pierluigi Collina argues, “The referees and the assistant referees are still responsible for the decision on the field of play”²⁸, because the last decision will always, and in any case, rest with the (human) referee. Therefore, we argue that the duties of the assistant referees are not limited to the factual assessment of the situations described above and that, on the field of play; they are required to make a complementary assessment and to assist in the final decision of the main referee. Even, because, in fact, all decisions that affect the truth, whether it is to assess casuistic situations of people’s lives, or to assess the sporting loyalty, can be taken by no one else than a human being²⁹.

2. AI in Sport and its Use in View of the European Union's Position

In the incessant normative proclamation of seeking that the civil liability regimes duly cover the production of damages derived from the use of AI systems, the European Commission, in September of this year, presented a “long awaited”³⁰ proposal for a Directive on the adaptation of the rules of Extra-Contractual Civil Liability to AI, called “Proposal for a AI Liability Directive”³¹.

The European Parliament Resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence (2020/2014(INL)) presented a Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Liability. For the Operation of Artificial Intelligence-Systems based on a strict liability regime in case of High Risk AI systems (Article 4), leaving the other AI systems “subject to fault-based liability, unless stricter national laws and consumer protection legislation is in force” (Whereas (17)). This recent Proposal of 2022 is contrary to the previous Proposal: by the one hand, now it is proposed a Directive and not a Regulation; by the other hand, it takes the side of the application of subjective civil liability, although it provides for some situations that ease the burden of proof for the injured party³².

²⁸ COLLINA, P., *Semi-automated offside technology...*, *loc. cit.*

²⁹ Considering the same regarding the use of AI in the Judiciary, see MOREIRA, S., “Artificial Intelligence: Brief considerations regarding the Robot-Judge”, in Maria Miguel Carvalho e Sónia Moreira (coords.), *Governance & Technology - E-Tec Yearbook*, JusGov - Research Centre for Justice and Governance/University of Minho - School of Law, 2021, pp. 306 to 307, available at <https://www.jusgov.uminho.pt/publicacoes/etec-yearbook-2021-2/>.

³⁰ RAPOSO, V. L., “Proposta de Regulamento sobre Inteligência Artificial: The devil is in the details”, *Privacy and Data Protection Magazine, Revista Científica na Área Jurídica*, n.º 003, Universidade Europeia, 2021, p. 11.

³¹ EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the adaptation of the rules on non-contractual liability to artificial intelligence (AI Liability Directive)*, Brussels, 2022, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496&qid=1682347709904>, accessed on 24/04/2023, already mentioned *supra*.

³² Under the terms of that proposal, the Directive would be applied jointly with Directive 85/374/EEC - Directive on Product Liability -, i.e., maintaining for this part, the same assumption of the proposal of the Civil Liability Regime applicable to Artificial Intelligence, published in 2020. In this regard, it should be noted that a proposal to amend Directive 85/374/EEC was also presented. - v. EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Product Liability Directive*, Brussels, 2022, available at

As this last Proposal follows the subjective liability approach, the burden of proof will be on the injured party, meaning it will be up to him to prove that there was negligent or intentional harmful behaviour (action or omission). On the part of the person potentially responsible for producing the damage, as well as a causal connection between this fault and the relevant damage. The injured party must prove the verification of all the requirements of subjective civil liability on which depends the transfer of damage from the person who suffered it to the person who caused it (an exception to the principle of *casum sentit dominus*³³). It happens that, in the specific case of actions or omissions perpetrated with the use of AI, there are certain specific features of certain AI systems, such as opacity, autonomous behaviour and complexity, which may hinder the burden of proof on the injured party. Therefore, this weakness in the current legal regime may contribute to a lower level of social acceptance of AI and lack of confidence in products and services operated by it³⁴. Therefore, the AI Liability Directive Proposal aims to ensure that victims of damage caused with the involvement of AI will have the same type of compensation as victims of damage caused by other technologies³⁵.

To this extent, and despite recognizing the insufficiency on the part of the Member States to make it operational, the main objective of the aforementioned Proposal for a Directive is to contribute to the proper functioning of the internal market through the harmonization of certain national rules on liability based on non-contractual damage. So as to guarantee that persons claiming compensation for damage caused by a system of AI enjoy a level of protection equivalent to other cases³⁶, thus allowing the application of the rules of each Member State if they are more favourable to the injured party (whereas (14)³⁷). Therefore, in order to fulfil this purpose, the AI Liability Directive Proposal defines rules regarding access to and conservation of evidence and establishes a series of rules to ease the burden of proof of the injured party (Article 3).

https://single-market-economy.ec.europa.eu/document/3193da9a-cecb-44ad-9a9c-7b6b23220bcd_en, Accessed on 25/01/2023.

³³ For the development of these matters, see - HÖRSTER, H. E., SILVA, E. S., *A Parte Geral do Código Civil Português*, 2nd ed., Coimbra, Almedina, 2019, p. 78.

³⁴ EUROPEAN COMMISSION, Whereas 4, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council*, *op. cit.*, p. 16.

³⁵ EUROPEAN COMMISSION, Whereas 5, 2nd part, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council*, *op. cit.*, p. 16.

³⁶ EUROPEAN COMMISSION, Whereas 7, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council*, *op. cit.*, p. 16.

³⁷ “This Directive should follow a minimum harmonisation approach. Such an approach allows claimants in cases of damage caused by AI systems to invoke more favourable rules of national law. Thus, national laws could, for example, maintain reversals of the burden of proof under national fault-based regimes, or national no-fault liability (referred to as ‘strict liability’) regimes of which there are already a large variety in national laws, possibly applying to damage caused by AI systems”. EUROPEAN COMMISSION, Whereas 14, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council*, *op. cit.*, pp. 17 to 18.

Very briefly, these rules are the following:

- a) If the AI system provider does not provide the injured party with the relevant information to enable that party to decide whether to initiate legal proceedings, the national court may require it to do so (Article 3, number 1). If he does not comply, the court will presume that the provider failed to fulfil a relevant duty of care, considering that the elements requested would make it possible to provide such proof. However, this presumption of the defendant's fault is rebuttable (Article 3, number 5);
- b) In the event of (proven or presumed) fault on the part of the supplier, the existence of a causal link is presumed (Article 4, number 1)³⁸. This presumption is also rebuttable (Article 4, number 7);
- c) For systems that are not high-risk, this presumption is only applicable if the national court considers that it is excessively difficult for the plaintiff to prove the causal link (Article 4, number 5).

In numbers 2 and 3 of article 4 of the Proposal, the European Commission specifies the actions that may be brought because of damage caused by a high-risk AI system, specifically the damage that may be caused by the use of an AI system in the courts. The paragraph 2 of the above-mentioned legal provision is dedicated to civil liability actions brought against a supplier of high-risk AI systems. This proposing that the fault provided for in line: a), number 1 in article 4 - breach of a duty of care - is only deemed to be established if the claimant has shown that the defendant failed to comply with any of the requirements indispensable to the operation of the AI system, which are provided in articles 9 to 16 of the AI Regulation Proposal. Similarly, number 3 of article 4 of the IA Civil Liability Proposal determines that the claimant must prove that the user of the AI system failed to comply with its obligations to use. Or control the AI system in accordance with its instructions for use, or to suspend or discontinue its use pursuant to Article 29 of the AI Regulation Proposal or that he

³⁸ As long as the requirements foreseen in paragraphs a); b) and c) of Article 4, number 1, are fulfilled: “a) the claimant has demonstrated or the court has presumed pursuant to Article 3(5), the fault of the defendant, or of a person for whose behaviour the defendant is responsible, consisting in the non-compliance with a duty of care laid down in Union or national law directly intended to protect against the damage that occurred; (b) it can be considered reasonably likely, based on the circumstances of the case, that the fault has influenced the output produced by the AI system or the failure of the AI system to produce an output; (c) the claimant has demonstrated that the output produced by the AI system or the failure of the AI system to produce an output gave rise to the damage”. Article 4, number 2, establishes other requirements depending on the typology of the risk associated with the activity, since the Directive Proposal takes into consideration the standardizing rules presented by the Artificial Intelligence Regulation Proposal, following the same requirement line depending on the categorization of the risk associated with the use of the AI system.

nevertheless exposed the AI system. To input data under his control that was not necessary in view of the purpose of the system pursuant to Article 29(3) of the AI Regulation Proposal.

As for civil liability actions that may be brought due to the production of a damage created by non-high-risk AI system, such as the use of AI in sport, in number 5 of article 4. The European Commission proposes that the presumption set out in paragraph 1 should only apply if the national court finds that it is excessively difficult for the plaintiff to prove the causal link.

We believe that this proposal for a Directive on Civil Liability for AI tries to attend to the specificities that the use of AI represents in civil society and to safeguard the injured party³⁹, namely, as to regard the difficulty of producing evidence. However, it should be more protective: a strict liability regime would be preferable for high-risk systems^{40/41}; as for non-high-risk ones, the Proposal should, establish a rebuttable general fault presumption. It is much easier for the person that controls the AI system to refute his fault than otherwise. By the other hand, in these cases the Proposal uses indetermined concepts, such as “excessive difficulty” for the claimant to prove the causal link. As national courts are the ones to determine what might be “excessively difficult” for the claimant, our concern is that this solution will inevitably lead to a fragmentation of the legislation at an European level, leading to an undesirable level of uncertainty and insecurity in what is intended to be a coherent internal market⁴².

³⁹ Some authors consider that “[c]hoosing not to harmonise all rules at the EU level also preserves the coherence of the national tort liability systems”, preventing unbalances and the complexification of the systems, allowing the stakeholders to maintain the legal regime that they already know. “Moreover, some jurisdictions already have strict national-based liability regimes that could potentially be applicable to some AI applications, such as autonomous vehicles”. BRUYNE, J. D., / DHEU, O. / DUCUING, C., “The European Commission’s Approach to Extra-Contractual Liability and AI – A First Analysis and Evaluation of the Two Proposals”, *SSRN*, 6/10/2022, pp. 4 to 5, available at <https://ssrn.com/abstract=4239792>, accessed on 02/03/2023.

⁴⁰ Agreeing with us, HACKER, P., “The European AI Liability Directives – Critique of a Half-Hearted Approach and Lessons for the Future”, *SSRN*, 25/11/2022, p. I, available at <https://ssrn.com/abstract=4279796>, accessed on 02/03/2023.

⁴¹ In this regard, EXPERT GROUP ON LIABILITY AND NEW TECHNOLOGIES, *Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies*, available at <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1c5e30be-1197-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-en>, accessed on 06/02/2023]; EUROPEAN COMMISSION, *White Paper on Artificial Intelligence — A European approach to excellence and trust*, available at https://commission.europa.eu/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en, accessed on 06/02/2023.

⁴² Agreeing with us, Henrique Sousa Antunes says that “despite the proposal calling for legal certainty, it is, in fact, incapable of preventing the fragmentation of the rules applicable to damage caused by high-risk artificial intelligence systems, considering, first of all, the nature of the differences between the national legal systems in terms of the rules on civil liability for dangerous activities”. ANTUNES, H. S., “Non-contractual liability applicable to artificial intelligence: towards a corrective reading of the European intervention”, Luisa Antonioli / Paola Iamiceli (eds), *The making of European Private Law: changes and challenges*, University of Trento (2023 Forthcoming), *SSRN* (February 8, 2023), p. 3, available at <https://ssrn.com/abstract=4351910>, accessed on 23/02/2023.

In spite all these concerns, we cannot argue that the presumptions proposed by the EU legislator (even if rebuttable) may represent an important milestone for the continuity of belief in an “ecosystem of trust”⁴³ for all users of algorithmic systems.

3. A Brief Conclusion

Despite the fact that it is not possible for us to assess at this stage a safe value judgment regarding the categorization of risk associated with the use of AI systems in sport (such impossibility being based on the fact that the last normative references studied - draft Regulation on Artificial Intelligence (2021). The draft Directive on the adaptation of the rules of Extra-contractual Civil Liability to AI (2022) - deal with two proposals and not with actual regulatory diplomas). It seems to us that according to the concepts advanced so far, the use of algorithmic systems in sport can be considered to carry a minimum associated risk to natural persons, and that, therefore, its inclusion in the catalogue of low-risk AI systems should be considered.

In fact, on June 14th, Amendments were adopted by the European Parliament on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act). The amending certain Union legislative acts (COM (2021)0206, still keeping intact recital 27, which determines that High-risk AI systems should only be placed on the Union market or put into service if they comply with certain mandatory requirements. Those requirements should ensure that high-risk AI systems available in the Union. The output in this case can be used in the Union unacceptable pose risks to important Union public interests as recognized and protected by Union law. AI systems identified as high-risk should be limited to those that have a significant harmful impact on the *health, safety, and fundamental rights of persons* in the Union and such limitation minimizes any potential restriction to international trade, if any.

We are aware that today the patrimonial dimension of the damage caused by an error of an AI system in Sport can represent a serious damage (which can often put into question the viability and continuity of the sports project). Let us look at the example of the cancellation of a goal motivated by the AI system's wrong detection of the irregular position of the scoring player. Because of this error of the AI tool, the team is excluded from participating in European competitions, and the mere participation in the competition would allow the club a prize of 15. 5 million. The truth is that taking into account the clear limitation that the European Union intends to make on high-risk systems, that is, only those that may offend a

⁴³ EUROPEAN COMMISSION, *White Paper on Artificial Intelligence, op. cit.*

significant harmful impact on the health, safety and fundamental rights of persons. It does not seem to us that the use of AI systems can be inserted in the hierarchy of risks designed by the European Union - both in light of the draft Regulation on Artificial Intelligence (2021) and draft Directive on the adaptation of the rules of Extra-contractual Civil Liability to AI (2022). The most recent Amendments adopted by the European Parliament on June 14, 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts (COM(2021)0206).

Despite the obvious analogy between the nature of the activity of a judge of law and that of a sports judge, since both require the assessment of a concrete case and its evaluation according to the established rules, i.e... The activity performed by both is based on a position taking - it is recognized that the decision taken by a judge of law immediately interferes with the rights, freedoms and guarantees of the citizen and that, ultimately, its replacement by a system of algorithms may put in crisis the principle of human dignity⁴⁴. To this extent, as far as the analysis of the risk associated with the use of AI systems in both situations is concerned. We cannot help but understand that the use of AI in justice presents a higher level of risk in producing a greater number of damages or losses to the citizen (while still considering the dimension and typology of the damage) than its use in sport.

Therefore, we believe that the use of AI systems in justice should be subject to a more protective liability regime for the injured party, an understanding that is supported by the recent proposal for a Directive on the adaptation of the rules of Extra-Contractual Civil Liability to AI presented by the European Commission. This takes us into consideration the different levels of risk associated with the purpose of the system, the difficulty for the injured party in producing evidence and which also allows for the use of the ordinary national rules in the event that the national regimes of each member state are more favourable to the injured party.

In truth, we can only applaud the concern experienced within the European Union regarding the issues associated with the use of AI in the most varied activities, since it has constantly and attentively proposed significant changes in the regimes, with a view to maintaining a safe and credible digital environment. Thus, proposing that harmonized rules be created in advance for all Member States, thus preventing each country from presenting the regime that suits them best. However, we cannot fail to conclude that the Proposals presented may not be sufficient, but that, on the other hand, the uncontrolled speed at which

⁴⁴ MOREIRA, S., "Artificial Intelligence: Brief considerations regarding the Robot-Judge", *op. cit.*, pp. 306 to 307.

the AI is developing means that we must stop considering proposals and definitively move on to creating regulations.

Bibliographic References

ANTUNES, H. S., “Non-contractual liability applicable to artificial intelligence: towards a corrective reading of the European intervention”, Luisa Antonioli / Paola Iamiceli (eds), *The making of European Private Law: changes and challenges*, University of Trento (2023 Forthcoming), SSRN (February 8, 2023), Available at <https://ssrn.com/abstract=4351910>, accessed on 23/02/2023.

BARBOSA, N., “O estatuto jurídico do árbitro no direito português”, *Direito do Desporto Profissional, Contributos de um curso de Pós-Graduação*, in AA. VV., Ricardo Costa e João Leal Amado (coord.) col. n.º 6, Almedina, 2011.

BORGES, P. S., *Direito Penal Desportivo: a corrupção desportiva e o árbitro de futebol*, NovaCausa Edições Jurídicas, 2021.

EUROPEAN COMMISSION, White Paper on Artificial Intelligence — A European approach to excellence and trust, available at https://commission.europa.eu/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en, accessed on 06/02/2023.

EUROPEAN COMMISSION, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive), Available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496&qid=1682347709904>, accessed on 24/04/2023.

EUROPEAN COMMISSION, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing harmonized rules concerning artificial intelligence (Artificial Intelligence Regulation) and amending certain Union legislative acts, Brussels, 2021, Available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206&qid=1682348868535>, accessed on 27/03/2023.

EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Product Liability Directive*, Brussels, 2022, Available at https://single-market-economy.ec.europa.eu/document/3193da9a-cecb-44ad-9a9c-7b6b23220bcd_en, accessed on 25/01/2023.

EUROPEAN PARLIAMENT, Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts (COM (2021)0206, Available at https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.html, accessed on 12/07/2023.

EUROPEAN PARLIAMENT, Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), available at https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html, accessed on 24/04/2023.

EUROPEAN PARLIAMENT, *Civil Liability Regime for Artificial Intelligence (2020/2014(INL))*, available at https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_EN.html, accessed on 24/04/2023.

EUROPEAN PARLIAMENT, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence

Act) and amending certain union legislative acts (of 21st April 2021), Available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>, accessed on 24/04/2023.

EXPERT GROUP ON LIABILITY AND NEW TECHNOLOGIES, Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies, Available at <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1c5e30be-1197-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-en>, Accessed on 06/02/2023.

GOTTSCHALK, C., TEWES, S. e NIESTROJ, B., “The Innovation of Refereeing in Football through AI”, in *International Journal of Innovation and Economic Development*, vol. 6, issue 2, 2020, available for consultation at <https://www.dfl.de/en/innovation/xgoals-changing-how-we-evaluate-goalscoring-chances/>, accessed on 21/06/2022.

HACKER, P., “The European AI Liability Directives – Critique of a Half-Hearted Approach and Lessons for the Future”, SSRN, 25/11/2022, p. I, available at <https://ssrn.com/abstract=4279796>, accessed on 02/03/2023.

HÖRSTER, H. E., SILVA, E. S., *A Parte Geral do Código Civil Português*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2019.

INTERNATIONAL FOOTBALL ASSOCIATION BOARD, *Laws of the Game*, available at <https://www.theifab.com/>, accessed on 21/05/2023.

BRUYNE, J. D., / DHEU, O. / DUCUING, C., “The European Commission’s Approach to Extra-Contractual Liability and AI – A First Analysis and Evaluation of the Two Proposals”, SSRN, 6/10/2022, available at <https://ssrn.com/abstract=4239792>, accessed on 02/03/2023.

JUSDECISUM, *Inteligência Artificial: já está sendo desenvolvido o primeiro "juiz robô" do mundo*, available at <https://jusdecisum.jusbrasil.com.br/noticias/694911278/inteligencia-artificial-ja-esta-sendo-desenvolvido-o-primeiro-juiz-robo-do-mundo?ref=amp>, accessed on 12/02/2023.

MOREIRA, S., “Artificial Intelligence: Brief considerations regarding the Robot-Judge”, in Maria Miguel Carvalho e Sónia Moreira (coords.), *Governance & Technology - E-Tec Yearbook*, JusGov - Research Centre for Justice and Governance/University of Minho - School of Law, 2021, pp. 297-313, available at <https://www.jusgov.uminho.pt/publicacoes/etec-yearbook-2021-2/>.

RAPOSO, Vera Lúcia, “Proposta de Regulamento sobre Inteligência Artificial: The devil is in the details”, *Privacy and Data Protection Magazine, Revista Científica na Área Jurídica*, n.º 003, Universidade Europeia, 2021, p. 9 to 24.

REAL, F. C., “Árbitro”, *Enciclopédia de Direito do Desporto*, in Mestre, A. L. (ed.), Gestlegal, Coimbra, 2019, pp. 30 to 31.

WENGER, A., *FIFA to introduce enhanced football intelligence at FIFA World Cup 2022™*, Fédération Internationale de Football Association, 2022, available at <https://www.fifa.com/technical/football-technology/media-releases/fifa-to-introduce-enhanced-football-intelligence-at-fifa-world-cup-2022-tm>, accessed on 12/06/2023.

Neuroprivacidad: Una Nueva Frontera de los Derechos Humanos en la Era Digital

Antonio J. Villanueva Tobalina¹

Sumario

1. introducción; 2. Los avances neurotecnológicos y sus riesgos; 3. La neuroprivacidad y sus singularidades; 4. Datos cerebrales y Privacidad: del Reglamento General de Protección de Datos al Derecho Fundamental a la Privacidad Mental; 5. Conclusión; 6. Bibliografía

Resumen

En el vertiginoso mundo de la ciencia y la tecnología, donde los límites entre la realidad y la ficción se vuelven cada vez más difusos, nos encontramos ante una nueva frontera: la neurotecnología.

Esta emergente disciplina, que fusiona la neurociencia con la tecnología de vanguardia, nos promete beneficios sin precedentes, desde tratar enfermedades neurodegenerativas hasta potenciar nuestras capacidades cognitivas.

Pero, como suele ser el caso con todas las tecnologías disruptivas, también nos plantea profundos desafíos jurídicos y éticos (derivados de su potencial invasividad y del uso de los datos cerebrales). ¿Cómo garantizamos que estas potentes herramientas no se utilicen para vulnerar los derechos fundamentales a la privacidad y la integridad personal? ¿Cómo mantenemos el delicado equilibrio entre el progreso tecnológico y la protección de los individuos?

Aquí es donde se abren las puertas al intrincado laberinto de la neuroprivacidad, una nueva frontera de los derechos humanos en la era digital.

Palabras-clave: Neuroprivacidad, Neurotecnología, Privacidad Mental, Derechos Fundamentales, Protección de datos personales

1. Introducción

Nos encontramos en un cruce de caminos en el viaje recorrido hasta ahora por la humanidad. La ciencia y la tecnología han convergido de manera singular generando un punto de inflexión, el umbral de una nueva era: la era de la neurotecnología.

Hemos descubierto maneras de entender, e incluso modificar, el órgano más complejo y menos comprendido del cuerpo humano: el cerebro. Ese gran desconocido que nos hace ser quienes somos.

Se trata de una frontera apasionante, repleta de promesas y potencial, que nos da la esperanza para creer que es posible superar enfermedades devastadoras, desbloquear nuevas formas de aprender y crecer, así como alcanzar niveles de cognición antes inimaginables.

Pero estos avances vienen acompañados también de desafíos importantes. Con el poder de explorar y modificar la actividad cerebral surge un nuevo conjunto de cuestiones y

¹ Consultor en Privacidad, Protección de Datos y Nuevas Tecnologías en ECIX Group. Investigador de Schiller International University en materia de Derecho Digital y Tecnológico. Graduado en Derecho por la Universidad Europea de Madrid; Máster en Abogacía y Máster en Legal Tech por la Universidad Francisco de Vitoria. Correo electrónico: antonio7villanueva@gmail.com

conflictos relativos a la privacidad y los derechos humanos. La mente, durante mucho tiempo considerada la frontera final de la privacidad individual, una fortaleza inexpugnable, ahora puede ser penetrada por la tecnología. Esta es una realidad llena de posibilidades, pero también viene acompañada de graves preocupaciones.

Algunas incógnitas surgen de inmediato: ¿Dónde trazamos la línea entre el avance tecnológico y la protección de la privacidad personal? ¿Cómo equilibramos el deseo de curar enfermedades y mejorar capacidades con el imperativo de proteger la individualidad y la autonomía personal? ¿Cómo garantizamos que el consentimiento para el uso de estas tecnologías sea informado y voluntario? Y una tan importante como las otras: ¿cómo nos aseguramos de que los beneficios de la neurotecnología se distribuyan de manera justa y equitativa?

Nos encontramos en un momento crucial. Necesitamos una discusión profunda sobre lo que los avances en neurotecnología significan para nuestros derechos individuales y colectivos. Necesitamos considerar cómo garantizar que estos avances tecnológicos sean utilizados de manera que respeten y protejan la dignidad y la privacidad humanas. Y es una discusión que no podemos darnos el lujo de ignorar. El futuro de nuestra sociedad podría depender de ello.

2. Los Avances Neurotecnológicos y sus Riesgos

La neurotecnología puede definirse, en una acepción precisa pero sencilla, como cualquier tecnología que permita tratar información de la actividad cerebral -por ejemplo, registrándola- o interfiera con esta última -influyendo o modificándola, entre otros- (Neurorights Foundation, s.f.)

Durante los últimos años han venido floreciendo una serie de tecnologías que revolucionarán tanto el conocimiento que poseemos de nosotros mismos como lo que somos capaces de hacer los seres humanos, en muchos y muy diferentes sentidos.

La estimulación cerebral profunda, una técnica que requiere la implantación de electrodos en el cerebro, ha demostrado ser un tratamiento eficaz para afecciones como la enfermedad de Parkinson y la depresión resistente al tratamiento. Pero también se ha demostrado que los impulsos eléctricos que generan los implantes pueden alterar notablemente la personalidad del individuo que los porta, hasta el punto de llegar a parecer una persona distinta (Lewis et al., 2015). Ahora imaginemos que dicha modificación se llevara a cabo a propósito, y sin el más mínimo atisbo de consentimiento por parte del individuo.

El desarrollo de interfaces cerebro-computadora (BCI) ha marcado otro hito importante en esta materia, permitiendo a personas con parálisis o amputaciones controlar prótesis robóticas con meros pensamientos. No obstante, en un futuro cercano, tales dispositivos permitirán una interacción más sofisticada y directa con todo tipo de dispositivos informáticos e Internet utilizando únicamente nuestra mente. Y ello por no mencionar la integración de Inteligencia Artificial en estos dispositivos, que dará lugar a un paradigma completamente nuevo, en el que poseeremos dispositivos conectados a nuestro cerebro, sea quirúrgicamente o no, que nos permitirán acceder a gran cantidad de información, procesarla y tomar decisiones de una forma que no es exagerado describir como “evolución cognitiva”.

Asimismo, la neuroimagen avanzada, que incluye técnicas como la resonancia magnética funcional (fMRI) y la tomografía de emisión de positrones (PET), ha permitido a los científicos visualizar el cerebro en funcionamiento y estudiar enfermedades como el Alzheimer.

Por último, la optogenética, que permite controlar –e incluso inhibir– la actividad neuronal mediante haces de luz, ya ha permitido desde curar ratones ciegos hasta borrar recuerdos (Barrecheguren, 2020). Imaginemos lo que se podrá conseguir en el futuro, tanto positivo como negativo.

Bajo una perspectiva práctica, la neurotecnología se está aplicando y se aplicará en áreas que abarcan desde la medicina y la investigación científica hasta el marketing y el entretenimiento.

En medicina, se utilizan para diagnosticar y tratar una diversidad de enfermedades neurológicas y trastornos psiquiátricos. Los dispositivos de neuroimagen como la resonancia magnética funcional (fMRI) y la electroencefalografía (EEG) son utilizados para medir la actividad cerebral y pueden ayudar a diagnosticar condiciones como la esquizofrenia, el trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH), el trastorno del espectro autista (TEA), la epilepsia, y otros trastornos neurológicos. Además, las neurotecnologías de estimulación cerebral, como la estimulación magnética transcraneal (TMS) y la estimulación cerebral profunda (DBS), se utilizan para tratar trastornos como la depresión resistente al tratamiento y el Parkinson.

En el ámbito de la investigación, las neurotecnologías están desempeñando un papel fundamental en la expansión de nuestro conocimiento sobre el cerebro humano. Nos permiten estudiar los correlatos neuronales de los pensamientos, las emociones y el comportamiento, y pueden ayudarnos a comprender mejores enfermedades neurodegenerativas como el Alzheimer y el Parkinson.

Las neurotecnologías también se están abriendo camino en el marketing y el entretenimiento. El neuromarketing, por ejemplo, utiliza estas tecnologías para entender mejor las respuestas de los consumidores a productos e impactos publicitarios. En el entretenimiento, interfaces cerebro-computadora permitirán a los usuarios interactuar con videojuegos y otros dispositivos y herramientas digitales con solo pensarlo, utilizando únicamente su actividad cerebral.

En lo que respecta al futuro, el potencial de las neurotecnologías es simplemente inmenso. Se está investigando en áreas como la mejora cognitiva, donde se espera que las neurotecnologías puedan, por ejemplo, ayudar en la rehabilitación neurológica -donde podrían ayudar a las personas a recuperarse de lesiones cerebrales o a vivir con enfermedades neurodegenerativas-, mejorar capacidades como la memoria y la atención e incluso permitirnos trascender los límites de la cognición humana².

También podría resultar de sumo interés su uso en la justicia penal, donde los datos cerebrales podrían proporcionar evidencia en casos judiciales o ayudar a evaluar la capacidad de los delincuentes, en relación con la valoración de circunstancias eximentes o atenuantes.

No obstante, en relación con este ámbito, la Carta de los Derechos Digitales (Gobierno de España, 2021, p. 6) habla de “supuestos y condiciones de empleo de las neurotecnologías que, más allá de su aplicación terapéutica, pretendan el aumento cognitivo o la estimulación o potenciación de las capacidades de las personas”, para declarar que, en todo caso, deberán “garantizar la dignidad de la persona, la igualdad y la no discriminación” (Gobierno de España, 2021, p. 28.).

Ahora bien, ¿qué amenaza constituyen estas tecnologías para nuestra privacidad mental? ¿Por qué es importante la neuroprivacidad?

Imagina un mundo donde tus pensamientos más íntimos, tus recuerdos más preciados y tus emociones más profundas están al alcance de terceros. Ello constituiría una puerta abierta a la extracción no autorizada de la información más privada que tenemos, a los datos más personales que existen.

La neurotecnología nos expone, entre otros, a una intrusión en nuestra privacidad mental a una escala sin precedentes. Y es por ello que, a medida que aumente la recopilación y tratamiento de datos cerebrales, también se incrementa la necesidad de garantizar la seguridad

² Simplemente a modo de ejemplo, pero una simple búsqueda en internet permite encontrar otros muchos, en el año 2014, un notable avance fue alcanzado por un conjunto de científicos que, desafiando barreras geográficas, lograron transmitir el saludo "hola" entre dos seres humanos, cerebro a cerebro, separados por una distancia de aproximadamente 7.700 kilómetros. Esta hazaña se logró mediante la utilización y adecuado manejo de impulsos eléctricos, creando un puente de comunicación directa entre las mentes (Salas, 2020).

de estos datos únicos, extremadamente personales y constitutivos de la esencia misma de quien somos. El riesgo de violaciones de datos y la exfiltración de información neuronal podría tener consecuencias personales devastadoras.

Asimismo, el tratamiento de datos cerebrales hará posible que las empresas -y otros sujetos y entes, como gobiernos y administraciones- puedan decodificar tus deseos, tus aversiones y tus comportamientos, transformando la publicidad y el marketing en armas precisas de persuasión masiva, mercantilizando nuestra neuroprivacidad, el último refugio en el que, hasta ahora, podíamos sentirnos seguros.

Y esto por enunciar someramente algunas de las consecuencias en nuestras vidas de un mundo cada vez más transparente, en el sentido menos positivo del concepto.

Sin embargo, los ejemplos anteriormente descritos son solo algunos de los problemas que pueden aparejar las neurotecnologías. La enumeración anterior no conforma un listado exhaustivo ni pretende serlo, menos aún habida cuenta de la más que previsible capacidad de las neurotecnologías para trascender las expectativas que podamos construir sobre su potencial y proyección futura.

En adición, conviene destacar que el presente análisis evalúa factores de riesgo que la neurotecnología presenta para la privacidad mental, sin entrar a dilucidar en profundidad la amenaza que aquella, indebidamente utilizada, constituye para la libertad cognitiva, la identidad personal, el libre albedrío, el acceso equitativo a la mejora cognitiva -así como la potencial discriminación derivada de un acceso desigual a estos desarrollos tecnológicos- y la protección contra la discriminación de los sesgos, en consonancia con los neuroderechos cuya necesidad defienden autoridades como el ya mencionado Rafael Yuste (Yuste, 2019).

A medida que la neurotecnología avanza, es esencial que las políticas y regulaciones legales lo hagan a la par, para asegurar que estos desarrollos tecnológicos sean utilizados de manera ética, beneficiosa y en ningún caso perjudicial para la humanidad.

Tenemos el poder de dar forma a este futuro, de decidir qué es aceptable y qué no lo es, de proteger nuestras mentes y nuestros derechos en esta nueva era. La clave para que esto sea posible reside en una proactividad estratégica y dirigida.

No obstante, lo anterior no será un camino fácil. Necesitamos aprender. Necesitamos debatir. Necesitamos experimentar. Necesitamos equilibrar nuestra curiosidad y nuestra cautela, nuestra ambición y nuestra ética, nuestro deseo de explorar y nuestro deber de proteger.

La neurotecnología es un campo que está siendo y será testigo de avances revolucionarios; una encrucijada entre la promesa de un futuro extraordinario y la necesidad

de abordar desafíos éticos fundacionales. El viaje de descubrimiento hasta ahora nos ha proporcionado herramientas que parecían inimaginables hace apenas unas décadas, no obstante, resultará esencial que las neurotecnologías, como mínimo estándar aceptable, respeten y preserven la integridad, identidad y privacidad de las personas (Yuste et al., 2017).

3. La Neuroprivacidad y Sus Singularidades

De todo lo evidenciado hasta el momento en el presente documento, se desprende la evidente y significativa amenazas que avances tecnológicos tan notables tienen y pueden llegar a tener sobre nosotros. No obstante, al tenor de lo anterior, la conclusión se hace igualmente evidente: debemos protegernos; *ex post*, sí, pero también *ex ante*. Ahí es donde la neuroprivacidad juega su papel.

La neuroprivacidad podría considerarse un campo emergente que invita a la intersección entre privacidad, neurociencia y bioética, y que busca la protección y preservación de los datos derivados de la actividad cerebral humana.

Se trata de un ámbito que surge como consecuencia de los desarrollos recientes en neurotecnología (y especialmente de su potencial futuro), que permiten medir, decodificar e incluso manipular las señales eléctricas y químicas de nuestro cerebro. En este contexto, los pensamientos, emociones, y recuerdos de un individuo, que son o pueden ser inferibles e interpretables como patrones de actividad cerebral, deben considerarse el estamento esencial sobre el que se soporta de la esfera privada del individuo y, como tal, merece la más elevada protección.

Luego, ¿qué implica la neurotecnología en este nuevo contexto? Implica que no solo tus palabras, no solo tus acciones, sino tus propias emociones, ideas y pensamientos mismos están sujetos a la mirada potencialmente intrusiva de terceros.

En este nuevo mundo, la privacidad no solo se circunscribe a quién puede abrir tus correos, ver tus fotos o leer tus mensajes. Se trata de quién puede leer tus pensamientos, bucear en tus recuerdos o conocer tus deseos más íntimos y secretos. ¿Una empresa? ¿Tu jefe? ¿Un gobierno? ¿Un hacker?

Por ello, en esta tesitura, la neuroprivacidad cobra especial relevancia: un nivel más profundo de protección de la privacidad frente a las potenciales injerencias de las neurotecnologías.

En ese sentido, la neuroprivacidad diverge de la privacidad tradicional principalmente en el tipo de datos que busca proteger. Si se piensa detenidamente en ello, lo que podríamos denominar “privacidad convencional” se enfoca habitualmente en datos resultantes de

acciones e interacciones -tales como comportamientos en línea-, estados -de salud, sin ir más lejos-, circunstancias –la situación financiera, por ejemplo- e incluso información biológicamente intrínseca a nosotros, como son los datos biométricos. Pero, ¿es suficiente el nivel de protección que granjea la normativa vigente a los neurodatos?

La neuroprivacidad centra su atención específicamente en los datos derivados directamente del cerebro, lo que puede incluir desde medidas de nuestra actividad eléctrica cerebral hasta información sobre patrones de pensamiento y emociones.

Los céleres avances en neurociencia y neurotecnología abren posibilidades sin precedentes en términos de acceso, recolección, transmisión y manipulación de información del cerebro humano (Hong y Lieber, 2019).

Esto coloca a la neuroprivacidad en un nivel fundamentalmente más profundo y personal en materia de privacidad, puesto que el acceso a estos datos podría permitir inferencias acerca de los estados internos y experiencias subjetivas de un individuo, a un nivel que no ha sido posible hasta ahora en toda la historia de la humanidad. En los apartados sucesivos se estudia esta área en mayor profundidad.

4. Datos Cerebrales y Privacidad: Del Reglamento GENERAL de Protección de Datos al Derecho Fundamental a la Privacidad Mental

Los desarrollos neurotecnológicos son y/o serán capaces de recoger (como se ha referido con anterioridad) una amplia gama de datos, conocidos colectivamente con la denominación de “neurodatos”

Estos datos cerebrales pueden incluir medidas de actividad eléctrica cerebral, flujo sanguíneo cerebral, metabolismo de glucosa o densidad de ciertos tipos de células o estructuras cerebrales, por nombrar algunos. Con el avance de las técnicas de decodificación, también es y será posible obtener información más detallada, como patrones de pensamiento, emociones, recuerdos e incluso el contenido de los sueños.

El Reglamento General de Protección de Datos (poner referencia completa) (en adelante, “el Reglamento” o “RGPD”), es una norma de la Unión Europea, con efecto directo y normas de desarrollo en los distintos Estados que la conforman, y que regula cuándo, cómo y de qué manera se pueden tratar datos personales, ya sea recogiendo, almacenando o utilizando los datos de casi cualquier forma imaginable.

En su esencia, el RGPD se basa en la idea de que cada individuo tiene derecho a ostentar el mayor grado posible de control sobre sus propios datos personales. Sin embargo, ¿cómo aplica esto a los datos cerebrales?

En primer lugar, se puede argumentar que los datos cerebrales son una tipología de datos personales. A fin de cuentas, se trata de datos procedentes de interesados, personas físicas identificadas o identificables (de conformidad con la definición proporcionada por el RGPD), y además son especialmente sensibles, únicos para cada individuo y pueden revelar información extremadamente íntima sobre nosotros. En consecuencia, no cabe duda de que resultan aplicables todas aquellas disposiciones contenidas en el RGPD en salvaguarda y protección de los datos personales.

Lo anterior implica que las entidades que recojan datos cerebrales deben informar a los interesados acerca de cómo se van a tratar tales datos (artículos 13 y 14 RGPD), contar con una base de legitimación válida que ampare dicho tratamiento (artículo 6 RGPD) y proporcionar a los interesados una forma de acceder, corregir o borrar sus datos, entre otros derechos. Esto solo por mencionar algunas de las obligaciones más básicas que emanan de la referida norma.

En adición el RGPD establece, en su artículo noveno, reglas específicas para lo que se conoce como datos personales “de categoría especial”, y que pueden ser relativos a la raza, la religión, la orientación sexual o la salud de una persona, por citar solo algunos ejemplos.

Se podría argumentar que los datos cerebrales caen en esta categoría, toda vez que pueden revelar información sobre la salud física e incluso psicológica de una persona. Consecuentemente, ello supone que cualquier entidad deba cumplir con estándares aún más elevados para poder utilizar esta clase de datos.

Sin embargo, aquí es donde encontramos limitaciones en la normativa comunitaria en materia de protección de datos, y que podrían tornarse en insuficiencias para la elevada protección de la que debe gozar la neuroprivacidad.

En primer lugar, el RGPD se gestó en un momento en que la idea de recoger y analizar datos cerebrales a gran escala recordaba a pura ciencia ficción, salvo para quienes trabajaban en tal ámbito. En consecuencia, no es de extrañar que el RGPD no aborde muchos de los desafíos únicos que las neurotecnologías y el tratamiento de estos datos pueden plantear.

A modo de ejemplo, los neurodatos pueden revelar no sólo información relativa a la salud de una persona, sino también, en un futuro cercano, sobre sus pensamientos, emociones e incluso recuerdos íntimos. ¿Qué base de legitimación de las establecidas en el artículo 6 RGPD (junto con qué circunstancia habilitante del art. 9) puede posibilitar el tratamiento de datos de semejante sensibilidad? ¿Cómo se puede obtener un consentimiento verdaderamente informado para recoger y utilizar este tipo de información? ¿Cómo se puede

garantizar que los individuos poseen control sobre esta clase de datos, más aún cuando podrían llegar a ser recogidos y analizados sin su conocimiento o consentimiento?

Y en adición a lo anterior, como ocurre con datos de cualquier otra tipología, también existe el problema de la preservación de la integridad de los datos cerebrales. Porque las neurotecnologías no solo permiten “leer” nuestro cerebro, sino también “escribir” en él. Ello constituye una seria amenaza para la autonomía personal, así como para la privacidad e integridad mental. ¿Cómo podemos garantizar que las personas tienen control sobre sus propios pensamientos, recuerdos y acciones en una futura era de neurotecnología avanzada? ¿Cómo garantizaríamos un consentimiento voluntario y libre en estos supuestos?

Por último, el RGPD posee un ámbito de aplicación limitado, especialmente si lo comparamos con las potenciales externalidades negativas dimanantes de la indebida utilización de avances tan potencialmente perjudiciales como los de la neurotecnología.

Aunque el RGPD proporcione un marco útil para la protección de la privacidad de los neurodatos, es probable que necesitemos nueva legislación para abordar plenamente los desafíos únicos que presenta esta área de la ciencia.

En ese sentido, pioneros en esta área como Rafael Yuste, Director del Centro de Neurotecnología de la Universidad de Columbia y Co-director del Instituto Kavli de Circuitos Cerebrales, uno de los mayores expertos en este campo, abogan por la inserción en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de nuevos derechos para proteger a la humanidad frente al uso indebido de la neurotecnología: los neuroderechos, dentro de los cuales se enmarca el derecho a la privacidad mental. Tal vez la única esperanza para la adopción de una normativa imperativa y global, capaz de poner la neuroprivacidad en el nivel de garantía y protección que debe poseer, cobrando una entidad diferenciada, cualificada, del derecho fundamental a la intimidad y la protección de datos personales.

5. Conclusión

En el fragor del avance tecnológico y la sed de progreso, es esencial recordar que la tecnología es simplemente una herramienta; no es ni buena ni mala. Lo que determina su valor moral es cómo elegimos usarla, así como los sistemas que establecemos para salvaguardar nuestras libertades más básicas.

La neurotecnología, con todo su potencial de mejora para los humanos y comprensión de nosotros mismos, también posee la capacidad de alterar profundamente la forma en que interactuamos con el mundo y con nosotros mismos. A medida que los límites de la

neurotecnología se continúan expandiendo y la perspectiva de lo que resulta posible va variando, más importante resulta ser conscientes de los desafíos que aquella presenta para la neuroprivacidad.

Si debemos sacar una conclusión de la breve exploración y reflexión plasmada en este documento, es que el camino hacia la regulación y el equilibrio entre la privacidad y el progreso no será fácil ni directo. Será un camino lleno de preguntas sin respuesta, desafíos éticos y debates jurídicos. Pero también será un camino lleno de oportunidades para crecer, aprender y evolucionar como sociedad. No obstante, se trata de un camino que debemos recorrer con sumo cuidado, recordando siempre que en el centro de cada uno de estos avances y discusiones se encuentra un principio fundamental e inalienable: el respeto a la dignidad humana.

Porque, en última instancia, las neurotecnologías no son solo herramientas para explorar nuestro cerebro, sino que, en cierto modo, podríamos ver en ellas reflejos de nuestra propia humanidad. Nos permiten y permitirán comprender mejor quiénes somos y qué significa ser humano. Y es este entendimiento el que nos permitirá avanzar hacia un futuro de neurotecnología, pero también de neuroprivacidad, con respeto, sabiduría y compasión.

Esta es la conversación que debemos tener y continuar teniendo a medida que nos adentramos en este nuevo territorio inexplorado, y el propósito de este documento no es otro que el de contribuir a dicha discusión, porque no se trata únicamente de una cuestión relativa a cómo utilizamos y regulamos las neurotecnologías, sino también de cómo las integramos en nuestras vidas y en nuestra sociedad de una manera productiva y garantista con el respeto a nuestros derechos y la promoción de nuestras libertades.

Y es que en el corazón de la neuroprivacidad se encuentra la cuestión de qué significa ser humano en un mundo cada vez más dominado por la tecnología. ¿Cómo mantenemos nuestra humanidad en un mundo donde la tecnología puede penetrar incluso en los confines más privados de nuestra mente? ¿Cómo garantizamos que los derechos y libertades que tanto hemos luchado por proteger se mantienen en un mundo donde los límites de la privacidad están en constante cambio y son tan difusos?

Estas son las cuestiones que debemos abordar de manera frontal y proactiva. Y aunque el camino que tenemos por delante es desconocido y pueda estar lleno de desafíos, de la lectura del presente artículo se desprende que también es una senda en la que abundan las posibilidades.

La neuroprivacidad, en tanto concepto, no solo engloba la protección de los neurodatos, sino también la garantía del derecho de los individuos a preservar su libertad mental y a mantener la integridad de su actividad cerebral frente a potenciales intrusiones.

Solo con el esfuerzo, la reflexión y un compromiso constante con nuestros valores más profundos, podremos surcar la ola de la neurotecnología de una manera que honre y proteja nuestra neuroprivacidad y lo que más importante y preciado resulta para nosotros: nuestra capacidad para pensar, para sentir, para ser quienes somos. Porque, en última instancia, este es uno de los desafíos de la neurotecnología hacia la humanidad, y nuestra respuesta debe ser proporcional, e implica hallar un camino que permita que la ciencia y la tecnología avancen, a la vez que se proteja y promueva la dignidad, la autonomía y la privacidad individual.

En esencia, esta situación constituye una suerte de viaje y, nos guste o no, todos estamos en él. Solo en común, con una percepción clara de los riesgos, una comprensión profunda de las oportunidades y un compromiso inquebrantable con nuestros valores más primarios y fundamentales, podremos garantizar que esta travesía nos lleve a un futuro donde la neurotecnología sirva a la humanidad, en lugar de amenazarla. Donde cada paso adelante en la ciencia y la tecnología equivalga a un paso adelante en la protección de nuestros derechos y de nuestras libertades. Este es el futuro al que miramos, y es un horizonte posible siempre que estemos dispuestos a afrontar estos desafíos *ex ante*, mientras aún podemos.

6. Bibliografía

REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

BARRECHEGUREN, P. (2020), ¿Qué es la optogenética? Resultados preclínicos y desafíos, NeuronUp. Disponible para consulta en <https://blog.neuronup.com/que-es-la-optogenetica/>

GOBIERNO DE ESPAÑA (2021), Carta de Derechos Digitales, Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Disponible para consulta en https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

HONG, G. y LIEBER, C.M. (2019), Novel electrode technologies for neural recordings, Nature Review Neuroscience, 20. Disponible para consulta en <https://cml.harvard.edu/assets/Novel-electrode-technologies-for-neural-recordings-2.pdf>

LEWIS, C. J., MAIER, F., HORSTKÖTTER, N., ZYWYCZOK, A., WITT, K., EGGERS, C., MEYER, T. D., DEMBEK, T. A., MAAROUF, M., MORO, E., ZUROWSKI, M., WOOPEN, C., KUHN, J., TIMMERMANN, L. (2015), Subjectively perceived personality and mood changes associated with subthalamic stimulation in patients with Parkinson's

disease, *Psychological Medicine*, 45(01). Disponible para consulta en <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/25066623/>

NEURORIGHTS FOUNDATION (s.f.), *The NeuroRights Foundation, New Human Rights for the Age of Neurotechnology*. Disponible para consulta en <https://neurorightsfoundation.org/>

SALAS, J. (2020, 12 de febrero), Por qué hay que prohibir que nos manipulen el cerebro antes de que sea posible, *El País*. Disponible para consulta en https://elpais.com/elpais/2020/01/30/ciencia/1580381695_084761.html

YUSTE, R., GOERING, S., AGÜERA y ARCAS, B., GUOQIANG, B., CARMENA, J. M., CARTER, A., FINS, J. J., FRIESEN, P., HUGGINS, J. E., ILLES, J., KELLMEVER, P., KLEIN, E., MARBLESTONE, A., MITCHELL, C., PARENS, E., PHAM, M., RUBEL, A., SADATO, N., SULLIVAN, L. S., TEICHER, M., WASSERMAN, D., WEXLER, A., WHITTAKER, M. y WOLPAW, J. (2017), Four ethical priorities for neurotechnologies and AI, *Nature*, 551 (7679). Disponible para consulta en <https://www.nature.com/articles/551159a>

YUSTE, R. (2019), Las nuevas Neurotecnologías y su impacto en la Ciencia, *Revista Fundación Ramón Areces*, N° 21. Disponible para consulta en <https://www.fundacionareces.es/recursos/doc/portal/2019/07/17/revista-fra-num-21-las-nuevas-neurotecnologias-rafael-yuste.pdf>

La Problemática de Los Derechos Fundamentales de los Menores Nacidos Mediante la Maternidad Subrogada. El Derecho a la Vida Privada y Familiar

Apanguela Samuco¹

Sumario: 1. Introducción; 2. La filiación del menor ante las nuevas técnicas de reproducción humana. Maternidad subrogada; 3. La necesidad de protección de los derechos fundamentales de los menores nacidos de la gestación por sustitución; 4. Los derechos fundamentales del menor ante la maternidad subrogada. Derecho a la vida privada y familiar; 5. La necesidad de regulación de los nuevos retos científicos de la técnica de reproducción humana; 6. Conclusiones.

Resumen: El texto trata de los efectos de la utilización de las técnicas de reproducción humana, la gestación por sustitución y su incidencia en la vida de los menores; cuando ellos nacen de los referidos métodos y tras su nacimiento encuentran la dificultad de ver reconocidos sus derechos fundamentales porque el procedimiento utilizado para su gestación es legal en su lugar de nacimiento, sin embargo, es ilegal en el país de origen de sus progenitores.

1. Introducción

El progreso de la ciencia médica ha impulsado la necesidad de regulación de las técnicas de reproducción humana asistida, pues la utilización de estos métodos han transformado la naturaleza, los principios y el origen de la filiación; su establecimiento y noción, porque anteriormente, el reconocimiento se basaba en la verdad biológica (filiación natural) o en el instituto de la adopción (filiación jurídica), y actualmente, la misma está condicionada al modo de gestación del menor, al tipo de técnicas de reproducción utilizada para su nacimiento y a los requisitos que las legislaciones de los países van creando. En España de momento, para el tema de la maternidad subrogada de los menores nacidos en el extranjero, se está solucionando mediante la filiación por reconocimiento de resoluciones extranjeras².

¹ Doctora en Derecho Privado, Universidad de Salamanca. Máster en Derecho Privado Patrimonial, Universidad de Salamanca. Máster en Práctica Jurídica, Universidad de Salamanca. Abogada inscrita en el Colegio de Abogados de Angola, Consejo Provincial de Luanda.

² «Esta modalidad de filiación es introducida en Derecho español mediante la publicación en el Boletín Oficial del Estado de 7 de octubre de 2010 de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Notariado, *sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*». VELARDE D'AMIL, YVETTE; «Filiación y reproducción humana asistida», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, edición n°1, Editorial La Ley. La Ley 2897/2015, pág.17.

Con el desarrollo de la ciencia, las nuevas técnicas de reproducción médicamente asistidas hicieron que los ciudadanos, los tribunales y los estudiosos del derecho se enfrentan a una nueva realidad bastante difícil de solucionar en muchos casos. Nuestro abordaje se basará en la necesidad de tutela de los derechos fundamentales de los menores nacidos mediante la gestación subrogada, más concretamente el derecho a la vida privada y familiar. Porque, todo este avance en las técnicas de reproducción humana, que introdujeron nuevas formas de concepción de los hijos y de determinación de su filiación, hicieron con que el concepto de filiación actualmente ofreciese bastantes problemas en relación a los que en su concepción clásica no se preveían.

2. La Filiación del Menor Ante las Nuevas Técnicas de Reproducción Humana. Maternidad Subrogada.

El derecho de la filiación es aquella rama del derecho de la familia que regula las relaciones entre los progenitores y sus descendentes. De acuerdo con la legislación española, la maternidad se determina por el alumbramiento, es decir, la madre es quien da a luz y no la que dona el óvulo; igualmente en relación a la paternidad, esta se determina mediante la donación del semen, el padre es quien aporta el espermatozoide. Tradicionalmente la concepción de un hijo consistía en que la madre aportaba el cigoto y era ella quien daba a luz. Sin embargo, con las nuevas técnicas de reproducción humana y más propiamente de la maternidad subrogada la regla *mater semper certa est* se transforma en *pater et mater incertos sunt*. Todo eso hizo con que hubiera un cambio en las formas de determinación de la maternidad y la paternidad; es decir, en el proceso de gestación podrán intervenir hasta tres mujeres distintas y cada una de ellas con un papel diferente. Ellas podrán ser: la mujer que dona el óvulo (madre genética), la mujer que se queda embarazada (la madre de gestación) y la mujer que jurídica y socialmente le han reconocido la maternidad (maternidad jurídica)³. Estas mujeres podrán ser distintas unas de otras, o no, dependiendo de la situación en concreto. Esta distinción levanta muchos problemas a la hora de determinar la verdadera maternidad del menor, por eso intentaremos abordar la necesidad de solucionar cuales de la maternidad tendrá transcendencia jurídica como medio de garantizar los derechos fundamentales del

El contrato de gestación subrogada es nulo en el ordenamiento español por una parte porque, el artículo 10 de la LTRHA considera nula este tipo de contratos y, por otra parte, para el Código Civil este contrato sería igualmente nulo por tener un objeto ilícito. La

³ VERDERA IZQUIERDO, B; «Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida», Actualidad Civil, nº 10, Sección A Fondo. Quincena del 16 al 31 mayo. 2007, tomo 1, La Ley 1694/2007, pág.9.

gestación no es disponible, es una facultad personalísima, entonces no puede transmitirse a una tercera persona, ya que está fuera del comercio jurídico (art. 1271 CC). Otro de los argumentos para rechazar la maternidad por sustitución es que, su objeto va contra la moral, el orden público (art. 1255CC) y las buenas costumbres, puesto que, es discordante con la dignidad de la madre de gestación. Asimismo, la regla prevista en el Código Civil Español para la determinación de la maternidad es el parto.

VERDERA IZQUIERDO considera que, la madre de gestación no está obligada ante la madre de intención, no tiene la obligación de cumplir el contrato de vientres de alquiler, es decir, ceder el menor a los padres de intención, ni le deberán reclamar una reparación de los daños por no entregar a su hijo. Y si lo da tiene la posibilidad de reivindicar por medio de la determinación de la filiación materna.

A mi juicio, el reconocimiento de la filiación de gestación por sustitución no deberá ser analizado desde la perspectiva del enfrentamiento de los derechos de la madre gestante, o de la mujer que aporta el óvulo, sino que, desde la preferencia a los derechos e intereses del menor; de forma a que él pueda ejercer sus derechos a la vida privada y familiar con la madre de intención. Siempre que los derechos e intereses de la madre gestante hayan sido legalmente garantizados, y que ella haya renunciado libremente a no ejercer los derechos correspondientes a su maternidad.

3. La Necesidad de Protección de los Derechos Fundamentales de los Menores Nacidos de la Gestación por Sustitución

Como hemos dicho, la reproducción humana asistida tiene efectos y transcendencia en el ámbito de la filiación. El progreso de estas técnicas ha contribuido para que hubiera mayor logro en la superación de la infertilidad, en el tratamiento y en la prevención de otras enfermedades⁴. Esta técnica se podrá usar mediante la utilización de distintos procedimientos. La ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA) regula y manifiesta expresamente las técnicas de reproducción que, -de acuerdo con el progreso de la ciencia, de la técnica y de la práctica médica-, se podrán emplear en la actualidad y que deberán ser admitidas y permitidas por el ordenamiento jurídico español. La gestación por sustitución es uno de los procedimientos que dicha ley prohíbe en su artículo 10.1.

⁴ VELARDE D'AMIL, Y; «Filiación y reproducción humana asistida», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, ob. cit., pág.3.

La gestación subrogada como un procedimiento reproductivo podrá ser en muchas situaciones la solución para subsanar el impedimento de la esterilidad en algunas mujeres; este procedimiento será el único medio por el cual ellas podrán realizarse como personas en la formación de su propia familia. La problemática nace del hecho de que dicho procedimiento es nulo en España, pero los ciudadanos españoles recurren a ordenamientos jurídicos en los cuales dicha técnica está permitida y celebran allí el referido contrato. La dificultad se manifiesta después del nacimiento del menor cuando surge la dificultad de reconocer en los registros civiles españoles el certificado de nacimiento expedido por las autoridades competentes del dicho país. En esta situación, planteamos la cuestión: ¿cómo podremos proteger y garantizar los derechos fundamentales del menor que nace mediante dicha técnica?

La ley apenas prevé la nulidad del contrato, además de este efecto no dispone de sanciones en el ámbito administrativo ni penal⁵. Por consiguiente, las consecuencias de la nulidad del artículo 10.1 de la LTRHA, serán apenas que el contrato de gestación subrogada celebrado en el extranjero no producirá efectos en el orden jurídico español y que, con base a eso, la maternidad deberá ser determinada por el alumbramiento (art. 10.2 de la LTRHA) esto es, la filiación materna será fijada a favor de la madre gestante y no de la madre de deseo, conforme los certificados expedidos por las autoridades del país de nacimiento.

El orden jurídico español impide que la filiación materna no se establezca a favor de quien no haya gestado el hijo. Sin embargo, el menor cuando demanda la inscripción en el registro civil consular ya viene con una certificación registral extranjera donde en la misma se testifica su filiación a favor de los padres de intención; y por una cuestión de regulación, no coincide con la determinación de la filiación de acuerdo con la legislación española. De este modo, el mismo menor tendría dos tipos de filiación determinados a su favor, una que sería de acuerdo con la legislación extranjera y otra en conformidad con la normativa española. Esta situación sería extremadamente perjudicial para los niños, creando una situación de inseguridad jurídica en su vida personal y familiar. Por eso, habrá que determinar una única la filiación que sea la misma en los dos ordenamientos jurídicos intervinientes, porque el menor tiene el derecho fundamental a tener su filiación definida.

En razón de esa problemática y para solventar dicha situación, se está protegiendo los derechos fundamentales del menor mediante la inserción en el ordenamiento jurídico español de la filiación por reconocimiento de resolución judicial extranjera⁶. Esta tipología

⁵ VELARDE D'AMIL, Y; «Filiación y reproducción humana asistida», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, ob. cit. pág.8

⁶ IBIDEM. pág.17.

de determinación de la filiación ha sido incorporada en el ordenamiento español por la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y Notariado, referente al régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Para esta modalidad de filiación se admite su reconocimiento mediante un reglamento propio que rige el registro de los menores que hayan venido al mundo por intermedio de este contrato. Lo que, si hace la referido Instrucción, para proteger los derechos e intereses legamente protegidos del menor es imponer determinados presupuestos para que se puede reconocer dicha filiación a favor de los padres de intención.

En la exposición de motivos de la mencionada Instrucción se expone que, la Dirección General ha tenido la necesidad de adoptar un criterio que fije los requisitos de acceso al Registro Civil Español de los hijos nacidos en el extranjero por el método de los vientres de alquiler, con el objetivo de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor. Además expone el referido texto que, la protección es el objetivo principal de la Instrucción y que ella contempla tres aspectos esenciales: 1) las herramientas necesarias para que se pueda determinar la filiación siempre que uno de los progenitores sea español; 2) con la inscripción no se permitirá que mediante ella se adopte de apariencia de legalidad de supuestos de tráfico internacional de menores; 3) la exigencia de que no se ha vulnerado el derecho del menor de conocer sus orígenes biológicos de acuerdo con el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos de los Niños de 20 de Noviembre de 1989, del artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.

Para garantizar la protección de dichos intereses, la presente Instrucción establece como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente. La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. Con esta Instrucción se protege el interés del menor, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España.

A mi juicio, en un primer momento para dar una respuesta a cuestiones urgentes, este modelo de reconocimiento de la filiación garantiza y tutela los derechos fundamentales del menor, como el derecho a la identidad, a tener una vida privada y familiar; sin embargo, no excluye después de una discusión abierta, profunda, equilibrada y prudente con la

participación de todos los ciudadanos y entidades públicas y privadas, que garantice el respeto por los derechos fundamentales de las partes intervinientes, pues es un contrato que influye de forma muy directa la identidad del ser humano.

4. Los Derechos Fundamentales del Menor Ante la Maternidad Subrogada. Derecho a la Vida Privada y Familiar

La necesidad de tutela del menor como el sujeto más frágil, más desamparado y vulnerable por no tener la capacidad y desarrollo necesaria para tomar las decisiones de su vida; el ordenamiento jurídico tiene la obligación de proteger sus derechos fundamentales por encima de cualquier otro derecho que se puedan invocar⁷. Consecuentemente habrá que tutelar la unidad familiar de hecho, porque entre el menor nacido del contrato de gestación subrogada y los padres de deseo o comitentes se establece una relación familiar de facto que deberá encontrar su aceptación en el artículo 8.1 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre (CEDH) que consagra el derecho a la vida privada y familiar como medio de defender el interés del menor⁸. El derecho a la vida privada y familiar deberá ser la justificación para el reconocimiento de los derechos adquiridos con la gestación por sustitución, entre ellos el establecimiento de la relación familiar y siempre que el Estado no atribuya el reconocimiento de la filiación que deriva del dicho contrato, se deberá considerar como una injerencia del Estado en la vida privada de la familia⁹.

En los contratos de gestación subrogada se deberán garantizar los derechos fundamentales del menor, que incluye el derecho a la vida privada y familiar. Este derecho está relacionado con la necesidad de atribuir una identidad al niño que es resultado de dicho contrato, pues ellos necesitan de una identidad única (filiación, estado civil), en su país de residencia.

Según la jurisprudencia del TEDH¹⁰ la presencia o inexistencia de la vida familiar es en principio una cuestión de facto que depende de la existencia de vínculos personales. El concepto de familia que se presenta en el artículo 8 del CEDH no se restringe a las relaciones basadas exclusivamente en el matrimonio, sino que podrá comprender otros vínculos «familiares» de facto, cuando las partes conviven fuera de todo vínculo marital y la relación

⁷ CORERA IZU, M; «ABANDONADOS, apátridas y sin padres», Diario La ley, n° 8345, sección doctrina, 2 de julio de 2014, pág. 11 y 12.

⁸ FLORES RODRÍGUEZ, J; «Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso n° 65192/11». La Ley Derecho de Familia, 7 de Julio de 2014, pág.3.

⁹ IBIDEM. pág. 4.

¹⁰ Sentencia de 27 de enero, de 2015, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Paradiso y Campanelli contra Italia(TEDH/2015/17), pág.20

tiene la suficiente coherencia. Asimismo, afirma el Tribunal que la norma del artículo 8 del TEDH no garantiza ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar, lo que si tutela es la existencia de una familia de hecho.

El TEDH en el caso *Menneson c. y Labassee*, Francia. Ha reconocido que hay vida familiar siempre que existan lazos familiares de hecho y no apenas biológicos y consecuentemente, el no establecimiento de la filiación a favor de los padres de intención o comitentes en relación a los menores nacidos por los vientres de alquiler afecta a la vida familiar¹¹. Ya en el Caso *Paradiso y Campanelli* contra Italia, el Tribunal Europeo de Derechos humanos, sostuvo que el artículo 8 del CEDH protege no solamente la vida familiar sino también la vida privada; y que el derecho a la vida privada comprende, en cierta medida, el derecho del individuo a desenvolver vínculos con sus prójimos. Afirmó el Tribunal que, el respeto a la vida privada exige que los individuos puedan constituir los elementos de su identidad como personas. Con todo eso, podremos decir que, el menor tiene el derecho a incorporarse en una familia donde él podrá consolidar su personalidad y la identidad, porque ésta está íntimamente vinculada a la naturaleza del sujeto y al desarrollo de su personalidad, que deberá estar forjada desde la niñez¹².

Mediante la determinación de la filiación, se permite que los menores nacidos de estos contratos se les atribuyan jurídicamente una familia, y por intermedio de ella se le reconoce la creación del vínculo filial. De modo que, se deberá proteger el grupo familiar en la cual se insiere el menor, de acuerdo con el contrato, porque el rechazo del registro deja el menor en una situación de inseguridad jurídica. Pues él necesita insertarse en una familia y establecer vínculos de parentesco tanto de hecho como jurídicos con sus progenitores y con las personas con las cuales ellos tengan relaciones familiares, pues es en ellas donde los menores desarrollan su personalidad, se socializan y se insertan en el entorno social al que pertenece su familia¹³, asimismo ellos hallan y desenvuelven su equilibrio emocional.

Se puede afirmar que, el niño tiene el derecho a tener una vida privada y familiar independiente del modo de su gestación, siempre que el mismo sea reconocido en el país donde se haya celebrado el referido contrato o técnica de reproducción humana. Porque, la familia tiene una función socializadora y ella constituye un elemento fundamental para el

¹¹ REGUEIRO DUBRA, R; «Gestación por sustitución: de la negación de los derechos de los padres intencionales al reconocimiento de los derechos de los menores». Actualidad Civil, nº 9, Setiembre de 2015, editorial La Ley, pág.8.

¹² FLORES RODRÍGUEZ, J; «Filiación genética *versus* filiación jurídica: a vuelta con la maternidad subrogada. Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015, Sala primera, de lo Civil, rec. 245/2012». LA Ley Derecho de familia, nº 7, tercer trimestre de 2015, Editorial La Ley, pág.4.

¹³ Valpuesta Fernández, Rosario; *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág.84.

desarrollo y la educación. Y cuando se impide el reconocimiento del contrato de maternidad subrogada y se exige que se aplique la ley española, que los considera nulos, y se determina que la madre es la gestante y no la madre de deseo, con esta regla, se está imponiendo una obstrucción para el reconocimiento de los derechos fundamentales de los menores procedentes del contrato de vientres de alquiler¹⁴.

5. La Necesidad de Regulación De Los Nuevos Retos Científicas de Las Técnicas de Reproducción Humana

La exposición de motivos de la Ley 14/2007, de 3 de Julio, sobre la investigación biomédica enuncia que, la investigación biomédica es un elemento fundamental para la mejoría de la calidad de vida de los individuos y aumenta su bien estar.

El surgimiento de nuevos instrumentos de diagnóstico ha posibilitado la mejoría y la curación de muchas enfermedades. No obstante, con el progreso de la ciencia médica y los modernos procedimientos, se ha abierto un debate sobre cuestiones éticas y jurídicas referentes a varios temas relacionados con la reproducción humana, siendo que la misma incide de forma inmediata sobre la identidad del sujeto. Es lo que ocurre con la gestación subrogada en relación con la determinación de la filiación materna y paterna que muchas veces se opone al derecho del menor a tener una vida privada y familiar; o cuando la madre gestante se recusa a entregar el hijo a los padres de intención; o en las situaciones que se produce un aborto; o cuando el menor nace con mal formación congénita. Sin embargo, podrá ocurrir que los padres de intención rechacen al menor y la madre gestante no pretende tenerlo como su hijo. En consecuencia, se plantean las siguientes cuestiones: si la madre gestante se recusa a entregar el menor ¿tendrá ella que reparar los daños a los padres de intención? ¿Cómo se quedan las cantidades pagadas por ellos por todo el procedimiento? por ejemplo, tramitación en los tribunales, los costes del procedimiento de gestación en sí mismo¹⁵ etc.

A mi juicio, para afrontar los desafíos del progreso de la ciencia es necesario que exista una legislación o regulación de dichas técnicas que puedan proteger los derechos de los individuos que son parte o resultado de estos procedimientos, de forma que se pueda dar una respuesta apropiada a los problemas que la gestación por sustitución presenta. La gestación por sustitución pese a toda la problemática a su entorno, es una realidad social que necesita reglamentación por parte del derecho, su legislación es necesaria, aunque la misma

¹⁴ REGUEIRO DUBRA, R; «Gestación por sustitución: de la negación de los derechos de los padres intencionales al reconocimiento de los derechos de los menores». ob. cit. pág.5.

¹⁵ VERDERA IZQUIERDO, B; «Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida», ob. cit. pág.10 y 11.

deberá ser precedida de una discusión pública amplia que permitirá extraer de ella valores sociales que podrán ser compatibilizados con las necesidades individuales de las personas que acuden a estas técnicas de reproducción humana. De manera que, mediante una legislación se pueda garantizar y proteger mejor los derechos fundamentales de los menores resultados del mencionado contrato, de la madre gestante y de los demás intervinientes en el mismo.

Lo que opino es que, dichas normas deberán salvaguardar los derechos del menor a tener una identidad única, el derecho a no ser discriminado en razón de su forma de nacimiento; deberá establecer determinadas pautas y principios para que se respete la dignidad de la persona.

6. Conclusiones.

El no reconocimiento del registro del menor conlleva que el mismo sea incorporado en la familia de la madre gestante, que de hecho previamente ha renunciado a sus derechos de maternidad. La determinación de la filiación por la gestación subrogada va en contra de registro suscrito en el país de nacimiento. Eso se opone a la unidad familiar, porque desde su nacimiento pasó a existir entre el menor y los padres de intención una relación de paternidad, aunque fuera apenas de hecho. Y el reconocimiento de estas relaciones existentes, deberán tener como fundamento la tutela de la relación previa que existe entre ellos (menor y padres de intención).

Es necesario tener en cuenta los vínculos que se han creado entre ellos desde su nacimiento pues, aunque no se les reconoce la filiación, de hecho, actúan como progenitores del menor y mediante esta relación establecen vínculos afectivos y familiares inalterables. Además, socialmente se les reconoce la filiación, por intermedio de las relaciones de hecho que ellos mantienen con el menor, aunque dicha relación está respaldada y en conformidad con la ley extranjera que si le reconoce jurídicamente la filiación.

Cuando se rechaza el registro se pone al menor en una situación de indefensión y desamparo total, además se le impide tener una familia y a desarrollar su personalidad en el entorno, siendo es que esta misma familia quien lo ha deseado y lo demandó. Habrá que tener en cuenta el dato de que, la mujer gestante haya abdicado de sus derechos como madre previamente al nacimiento del niño, lo que lleva a concluir que el mismo no es querido por ella. Esta renuncia deberá ser un elemento a tener en cuenta en el momento en el que se evalúa la admisión o no el reconocimiento de la certificación extranjera para los padres de

intención, que en principio los que han querido tener un hijo con la intención de dotarlo de una familia.

Referencias Bibliográficas

CORERA IZU, M; «ABANDONADOS, apátridas y sin padres», Diario La ley, nº 8345, sección doctrina, 2 de julio de 2014.

FLORES RODRÍGUEZ, J; «Filiación genética *versus* filiación jurídica: a vuelta con la maternidad subrogada. Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015, Sala primera, de lo Civil, rec. 245/2012». La Ley Derecho de familia, nº 7, tercer trimestre de 2015, Editorial La Ley.

«Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso nº 65192/11». La Ley. Derecho de Familia, 7 de Julio de 2014.

REGUEIRO DUBRA, R; «Gestación por sustitución: de la negación de los derechos de los padres intencionales al reconocimiento de los derechos de los menores». Actualidad Civil, nº 9, Setiembre de 2015, editorial La Ley.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R; *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

VELARDE D´AMIL, Y; «Filiación y reproducción humana asistida», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, edición nº1, Editorial La Ley. La Ley 2897/2015.

VERDERA IZQUIERDO, B; «Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida», Actualidad Civil, nº 10, Sección A Fondo. Quincena del 16 al 31 mayo. 2007, tomo 1, La Ley 1694/2007.

Sentencia de 27 de enero, de 2015, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Paradiso y Campanelli contra Italia (TEDH/2015/17).

El Papel de las Ciudades Inteligentes en la *Gubernamentalidad*¹ de la Crisis Energética y Del Cambio Climático²

Smart cities' roles in the governmentality of energy crises and climate change

Claudia R. Pereira Nunes³

Sumario: Introducción. 1 Ciudades Inteligentes 1.1 Estado, Seguridad y *Gubernamentalidad*. 1.2 Los principales Objetivos de Desarrollo Sostenible de las ciudades inteligentes para ayudar en la lucha contra la crisis energética y el cambio climático. 1.2.1 Iniciativas de política energética de la UE y ciudades inteligentes (ODS 7). 1.2.2 Innovación y Tecnología disponible (ODS 9). 1.2.3 El creciente número de habitantes urbanos (ODS 11). 1.2.4 Producción y consumo responsables y lo uso de los residuos en la economía circular (ODS 12). 1.2.5 Iniciativas políticas de la UE sobre cambio climático y ciudades inteligentes (ODS 13). 2 Estudios de Casos de las ciudades inteligentes: Madrid y Paris. Conclusiones principales. Referencias.

Resumen: Este estudio exploratorio tiene como objetivo proporcionar una mayor familiaridad con los temas y procedimientos técnicos de las ciudades inteligentes europeas. El referencial teórico es Michel Foucault y su concepto de *gubernamentalidad*. Es un estudio de casos de *Smart Cities*: Madrid y París, para responder a la pregunta: ¿Qué ODS cuidan las ciudades inteligentes y ayudan en la lucha contra la crisis energética y el cambio climático? La investigación tiene dos partes. En primer lugar, una visión general de las Ciudades Inteligentes europeas y su *gubernamentalidad*. Luego, los rasgos característicos de cinco Objetivos de Desarrollo Sostenible que conectan con las ciudades inteligentes: (i) ODS 7; (ii) ODS 9; (iii) ODS 11; (iv) ODS 12 y (v) ODS 13.

Palabras claves: Ciudades Inteligentes; Innovación; Marco Legal Europeo; ODS; Urbanización.

Abstract: This exploratory study aims to provide greater familiarity with European Smart Cities' topics and technical procedures. The theoretical reference is Michel Foucault and his concept of governmentality. The study is based on the deductive method with a focus on case studies of two Smart Cities: Madrid and Paris, to answer the question: What SDGs take

¹ El artículo utiliza como referencial teórico la noción de *gubernamentalidad*, desarrollada por Michel Foucault hacia fines de la década de los setenta, especialmente en sus dos libros (i) Seguridad, Territorio, Población; y (ii) Nacimiento de la biopolítica. Para Foucault, este concepto se refiere al amplio conjunto de instituciones, procedimientos, reflexiones y tácticas “que permiten ejercer esa forma bien específica, aunque muy compleja, de poder que tiene por blanco principal la población, por forma mayor de saber la economía política y por instrumento técnico esencial los dispositivos de seguridad.” Foucault, Michel (2006). Seguridad, territorio y población. 12 ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica; Foucault, Michel (2007). Nacimiento de la biopolítica. 9 ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica y Foucault, Michel (2000). Defender la sociedad. 3 ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

² El presente artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación titulado “*Smart Governance*: Las estrategias de tecnología y sostenibilidad de las *Smart Cities*” (2021-2024), de *GINNS Research Group – Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability* en el que participan *GIESA INNOVATION Research Group* (Universidad Complutense de Madrid), *Michelle L. Bell Research Group* (Yale University) y *DFAST Research Group* (Universidad Católica de Santos).

³ Postdoctorado en MICH – *Università degli Studi di Reggio Calabria*, Calabria, Italia. Investigadora visitante en *GIESA INNOVATION Research Group* en Universidad Complutense de Madrid, España, Europa y *Michelle L. Bell Research Group* en *Yale University*, New Haven, EE.UU. En Brasil, Profesora Colaboradora del Programa de Master en Derecho de la Universidad Federal del Amazonas (UFAM). Principal Investigator del *GINNS Research Group*. E-mail: claudrib@ucm.es and claudia.ribeiropereiranunes@yale.edu

care of smart cities and help in the fight against the energy crisis and climate change? The investigation has two parts. First is an overview of European Smart Cities and their governmentality. Then, the characteristic features of five Sustainable Development Goals that connect with Smart Cities are (i) SDG 7; (ii) SDG 9; (iii) SDG 11; (iv) SDG 12, and (v) SDG 13.

Keywords: European Framework; Innovation; SDG; Smart Cities; Urban Planning.

Introducción

Las redes y servicios tradicionales se hacen más eficientes en una ciudad inteligente utilizando soluciones digitales en beneficio de sus habitantes y negocios. Al mismo tiempo, varias políticas de la Unión Europea (UE) promueven áreas urbanas más sostenibles, saludables y competitivas al mismo tiempo que abordan los desafíos climáticos.

En ese contexto, la cuestión problema es basada en los principales Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las ciudades inteligentes. Pregunta: ¿Cuáles son los que ayudan en la lucha contra la crisis energética y el cambio climático? Limitase el estudio a los principales en la elección de la autora. Esta elección fue basada en cuantas veces los ODS son mencionados en las relatorías de las estrategias de tecnología y sostenibilidad de las *Smart Cities* de los estudios de casos.

En este contexto, el objetivo general es comprender cómo las ciudades inteligentes Madrid y Paris disciplinan las cuestiones de energía y cambio climático, verificar la seguridad y *gubernamentalidad*. Además, comparar las estrategias de tecnología y sostenibilidad de las dos ciudades que fueran elegidas para la comparación.

El enfoque metodológico es el documental, fuentes históricas y el análisis de normativos y las estrategias elegidas para contestar la cuestión problema. La investigación se basa en las bibliografías y las relatorías de las estrategias de tecnología y sostenibilidad, buscase explicar y discutir el tema a partir de referencias teóricas nacionales e internacionales publicadas en libros, artículos científicos y tesis. Además, elaborase una hoja de cálculo de los comentarios en Twitter y YouTube sobre *Smart Cities* en las dos lenguas, español y francés. La investigación es exploratoria porque busca se ha o no una respuesta para la cuestión problema. Fue necesario tratar de la seguridad y *gubernamentalidad* con enfoque sociológico para comprender como las ciudades inteligentes estimulan los ciudadanos a participar en la implementación de políticas-corporativas de gobierno para ejecución de las ODS.

La investigación tiene límites que afectaran las conclusiones principales. Primero, el enfoque sociológico no es el cerne del artículo, pero son las ODS. Pero el espectro de los estudios de casos de las ODS fue hecho con las estrategias de tecnología y sostenibilidad basada en recopilación de informaciones por medio de algunas de las palabras claves del artículo. Lo que limita la amuestra. No ha pesquisa de campo. Segundo, solo fueran

analizados cinco ODS de los diecisiete que existen y en este artículo apenas aparecen algunas consideraciones elegidas pela autora. Tercero, solo dos ciudades fueran analizadas por medio de las estrategias: Madrid y París, lo que representa más estrechamiento de la muestra.

1 Ciudades Inteligentes

En 2012, la Comisión Europea lanzó una iniciativa específica para el desarrollo de ciudades inteligentes denominada *Smart Cities and Communities-European Innovation Partnership*.⁴ Posteriormente, el Parlamento Europeo identificó las ciudades inteligentes y las clasificó en seis ejes o dimensiones principales: gobernanza innovadora, economía circular, movilidad inteligente, entorno ingenioso, gente brillante y, finalmente, calidad de vida.⁵ El informe esclarece que los objetivos y las metas de Europa 2020 de las iniciativas de *Smart Cities*, a pesar de su etapa inicial de desarrollo a partir de 2012, deberían ser más explícitos para los ciudadanos, bien definidos y alineados con el desarrollo de la ciudad, los planes de innovación y Europa 2020 para los gobernantes. Solo así tendrán éxito, afirma el informe.

Por lo tanto, una ciudad puede definirse como “inteligente” cuando las inversiones en capital humano y social y el transporte y las infraestructuras de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) generan un desarrollo económico sostenible y alta calidad de vida, con una sabia gestión de los recursos naturales, a través de una gobernanza participativa.⁶

Junto a la alta concentración urbana, otra de las tendencias de la sociedad contemporánea que está en el origen de las ciudades inteligentes es lo que podría denominarse

⁴ En esta comunicación la UE declara que ha desarrollado una visión europea compartida del desarrollo urbano y territorial sostenible. Afirma que las ciudades europeas deben ser lugares de progreso social avanzado y regeneración ambiental, así como áreas de atracción y motores de crecimiento económico basados en un enfoque holístico e integrado en el que se consideren todos los aspectos de la sostenibilidad. European Commission (2012). *Smart Cities and Communities - European Innovation Partnership*. Brussels, 10.7.2012 C (2012) 4701 final. Disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/smart-cities-and-communities-european-innovation-partnership-communication-commission-c2012-4701>. Accesado en 17 jul. 2023.

⁵ Este informe proporciona información básica y asesoramiento sobre ciudades inteligentes en la UE y explica cómo funcionan los mecanismos existentes. Se establece una definición de trabajo de una ciudad inteligente al explorar esto, y se mapean las ciudades que se ajustan a esta definición en los Estados miembros. Parlamento Europeo (2014). “Mapping Smart Cities in the EU.” Directorate General for Internal Policies Policy Department and Economic and Scientific Policy. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/507480/IPOL-ITRE_ET\(2014\)507480_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/507480/IPOL-ITRE_ET(2014)507480_EN.pdf). Accesado en 20 jul. 2023

⁶ El artículo analiza los principales retos jurídicos del modelo de *Smart Cities* que plantea la UE en 2014, especialmente en el ámbito de la contratación pública, desde la perspectiva jurídica de cómo mejorar la prestación de los servicios públicos urbanos. Villarejo Galende, Helena (2015). “*Smart cities* una apuesta de la Unión Europea para mejorar los servicios públicos urbanos.” *Revista de Estudios Europeos*, n. 66, páginas 25-51.

la *hyperconnected network*⁷ or evolución digital (traducción libre). La movilidad, las redes sociales, el *cloud computing*⁸ y el *big data*⁹ generan un mundo hiperconectado entre personas y máquinas con nuevos modelos de relación y creación de valor. Para usar tanta energía, la OCDE estima que entre el 63% y el 81% de la energía consumida y el 72% de las emisiones de gases de efecto invernadero provienen de las ciudades.¹⁰

1.1 Estado, Seguridad y Gubernamentalidad

Foucault destaca que la *gubernamentalidad* no se puede reducir a la operación del Estado, como agente político exclusivo, sino que es el Estado moderno¹¹ el que se conforma a partir de un proceso histórico de objetivación de diversas prácticas de gobierno sobre las conductas individuales y colectivas a título de seguridad. De acuerdo a una de sus posibles acepciones, Foucault explica que las *prácticas gubernamentales* de un Estado (que también pueden llamarse *tecnologías gubernamentales* en el contexto de las *Smarts Cities*) designan todos “aquellos dispositivos, herramientas, técnicas, funcionarios, materiales y aparatos que permitieron a las autoridades imaginar y actuar sobre la conducta de las personas de manera individual y colectiva, y en lugares que a menudo eran muy distantes.”¹² Por eso, asignaran Klauser; Passche&Söderströmy Rodrigues; Vale & Costa que la noción de *gubernamentalidad* desarrollada por Foucault se ha convertido en un concepto clave para el análisis crítico de las

⁷ La academia percibe Quan-Haase & Wellman como los autores que crearon la expresión *hyperconnected net work*. Fue la primera vez que organizaran lo tema en términos económicos. Quan-Haase, A.; Wellman, B. (2006). “Hyperconnected Net Work: Computer-Mediated Community in a High-Tech Organization”. Heckscher, Charles; Adler, Paul (Ed.), *the Firm as a Collaborative Community: Reconstructing Trust in the Knowledge Economy*. New York: Oxford University Press, pp. 281-333. Disponible en: http://archive.kmdi.utoronto.ca/publications/documents/KMDI_WP_2005_2.pdf. Accesado en 18 jul. 2023.

⁸ Este fue el primero libro que utiliza la expresión *cloud computing* como una categoría en ingeniería. Erl, Thomas; Ricardo, Puttini (2013). *Cloud computing. Concepts, technology & architecture* (The Pearson Service Technology Series). New Jersey: Prentice Hall Press.

⁹ Este fue el primero libro que utiliza la expresión *big data* como una categoría en empresariales y negocios. Mayer-Schönberger, Viktor; Cukier, Kenneth (2014). *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*. New York: Harper Business Publisher.

¹⁰ Esta publicación es la fuente de análisis y proyecciones más autorizada del mundo de la energía en 2022. Sus datos objetivos y su análisis desapasionado brindan información crítica sobre el suministro y la demanda de energía global en diferentes escenarios y las implicaciones para la seguridad energética, los objetivos climáticos y el desarrollo económico. IEA – International Energy Agency (2022), *World Energy Outlook 2022*, Paris: OECD Publishing. DOI: <https://doi.org/10.1787/3a469970-en>.

¹¹ Cómo explica Foucault, el Estado moderno o el Estado del siglo XVIII sería el resultado de una compleja imbricación de diferentes *prácticas gubernamentales* que intervienen en ese nuevo campo de realidad que constituirá la emergencia de aquello que se denomina como población. Por lo tanto, antes que una simple suma de los sujetos que habitan un territorio, la población sería designada como el ámbito privilegiado de la operación gubernamental. Consecuentemente, las *prácticas gubernamentales* aplicadas a las poblaciones dependen siempre de diversos factores estadísticos, que son demográficos (natalidad, mortalidad, morbilidad, etc.) y jurídicos (patrimoniales, leyes de matrimonio, etc.), comerciales, geográficos y climáticos. Foucault, Michel (2006). *Seguridad, territorio y población*. 12ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica y Foucault, Michel (2007). *Nacimiento de la biopolítica*. 9ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

¹² Foucault, Michel (2006). *Seguridad, territorio y población*. 12ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

estrategias, procedimientos y discursos de gobierno articulados en torno al concepto de las ciudades inteligentes.¹³

Para Foucault, distintas *tecnologías gubernamentales*¹⁴ coexisten diferencialmente entonces en el ordenamiento de las ciudades y sus habitantes. En el caso de la soberanía, esta debe entenderse principalmente como un conjunto de relaciones de dominación, que es operado a partir de múltiples estrategias que fabrican un súbdito. Por lo mismo, la soberanía es vista entonces desde “el punto de vista de las técnicas, su heterogeneidad y sus efectos de sometimiento, que hacen de los procedimientos de dominación la trama efectiva de las relaciones de poder y los grandes aparatos de poder.”¹⁵ Eso porque los dispositivos de seguridad en las ciudades inteligentes no funcionan mediante mecanismos jurídicos represivos (poder soberano), ni tampoco normalizadores (poder disciplinario).¹⁶

Los dispositivos de seguridad en las ciudades inteligentes funcionan a través del cálculo de los riesgos que afectan al conjunto de la población de una ciudad inteligente, de tal modo que la tecnología seguridad, en adición con el miedo, resulta constitutivo de la propia libertad gestionada por el gobierno liberal - digase neoliberal en el siglo XXI -, pues

¹³ Las herramientas conceptuales que se dependen del análisis foucaultiano de las racionalidades de gobierno, permiten también repensar las múltiples relaciones que se traman entre tecnologías de poder, espacio y urbanismo. Klauser, Francisco; Passche, Till; Söderström, Ola (2014a). “Michel Foucault and the smart city: power dynamics inherent in contemporary governing through Code.” (Environment and Planning D) Society and Space 32: 869-885. DOI: <https://doi.org/10.1068/d13041p>. En ese mismo sentido, Rodrigues, Nuno; Vale, Mário y Costa, Pedro (2022). “Urban experimentation and smart cities: a Foucauldian and autonomist approach.” Territory, Politics, Governance, 10 (4): 1-19. DOI: <https://doi.org/10.1080/21622671.2020.1777896> y Tello, Andrés Maximiliano (2022). “Programar y gobernar. Disputas tecnológico-políticas en la época de las Smart Cities”. ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura, 198 (803-804), enero-junio, a 637. DOI: <https://doi.org/10.3989/arbor.2022.803-804004>.

¹⁴ A pesar de prácticas y tecnologías pudieren tener diferentes acepciones, de ahora por adelante, la autora llamará cualesquiera *prácticas gubernamentales* de Foucault en *tecnologías gubernamentales* por estar adecuando de como ocurre en las *Smarts Cities*. Para comprender con más detalle el despliegue histórico de las distintas *tecnologías gubernamentales* que se podría conducir a un análisis de las *Smart Cities* es necesario subrayar una distinción elemental realizada por Foucault entre los diferentes tipos de *relaciones de poder* que se despliegan en la soberanía, la disciplina y los dispositivos de seguridad, reformulando así sus ideas previas en torno a la conocida *noción de biopolítica* (la inclusión de la vida de la especie humana en los cálculos y estrategias políticas, que se observa a partir del siglo XVIII). Foucault, Michel (2007). Nacimiento de la biopolítica. 9ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

¹⁵ Además, que la soberanía, la disciplina y la seguridad tienen siempre una dimensión espacial, aunque esta se expresa de distintas maneras: el poder soberano se ejerce siempre al interior del territorio, pero tanto la disciplina como la seguridad funcionan operando distribuciones espaciales diferentes dentro de la misma ciudad. La disciplina construye espacios de vigilancia jerárquica y arquitecturas de encierro funcionales, cuya figura paradigmática es la del panóptico de Foucault mientras que la seguridad remite a “una temporalidad y una aleatoriedad que habrá que inscribir en un espacio dado” (traducción libre). Foucault, Michel (2006). Seguridad, territorio y población. 12ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

¹⁶ Esta distinción no implica un esquema lineal o secuencial donde una forma de poder reemplazaría a otra definitivamente, sino más bien un triángulo entre “soberanía, disciplina y gestión gubernamental” (traducción libre), que hace que en un momento histórico determinado una forma de poder se vuelva más preponderante que otra. Vanolo, Alberto (2014). “Smartmentality: The Smart City as Disciplinary Strategy.” Urban Studies, 51(5): 883-898. DOI: <https://doi.org/10.1177/0042098013494427>. En ese mismo sentido, Sadowski, Jathan y Pasquale, Frank (2015). “The spectrum of control: A social theory of the Smart City.” First Monday, 20 (7-6): 1-22. DOI: <https://doi.org/10.5210/fm.v20i7.5903>.

las potenciales amenazas (como el terrorismo) de la población no son meramente un efecto negativo del gobierno de las ciudades inteligentes, sino más bien una condición de la libertad de sus ciudadanos. Como explica Foucault, la tecnología de seguridad consiste en un intento de “racionalización del azar y las probabilidades.”¹⁷ En este sentido, “el peligro es un cálculo económico, sopesando sus ventajas contra sus costos.”¹⁸ Las técnicas de medición y cálculo sobre el comportamiento de estos diversos factores en un territorio se convertirán así en un aspecto clave para el gobierno de una población en una ciudad inteligente.¹⁹

En resumen, el gobierno neoliberal nunca debe arreglar la seguridad, ya que la lucha por la seguridad y el peligro de inseguridad son aspectos complementarios de su *gubernamentalidad* en el siglo XXI. El control de los ciudadanos por GPS, cámaras, biometría, smartphones es un modo de gobierno conformado²⁰ a partir de las distintas empresas e instituciones que administran infraestructuras y dispositivos digitales de las ciudades y funcionan aún como un oligopolio, fragmentando las bases de datos del monitoreo de las actividades urbanas, aunque el horizonte de la *gubernamentalidad* que promueve la ciudad inteligente sea justamente el de la futura integración total de dichos datos para su

¹⁷ La racionalidad de estos dispositivos de seguridad apunta siempre a la gestión de los acontecimientos probables, a las eventuales amenazas de la población (epidemias, escasez, delincuencia, etc.), ya no a través de una acción directa sobre cuerpos individuales sino mediante una intervención indirecta, regulando el “medio artificial en el que se desenvuelve la población como especie humana, es decir, operan como una intervención calculada sobre el ámbito en el cual se da la circulación.” Foucault, Michel (2006). Seguridad, territorio y población. 12 ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica y Foucault, Michel (2000). Defender la sociedad. 3 ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

¹⁸ El poder soberano designa aquí principalmente operaciones y técnicas represivas, fundadas en una lógica jurídica, pero también de la guerra y el enemigo interno, pues su expresión paradigmática es la del “derecho de hacer morir o de dejar vivir a los súbditos” (traducción libre). Jobe, Kevin (2020). “Foucault and urban philosophy.” Meagher, Sharon; Noll, Samantha; Biehl, Joseph (Eds.). The Routledge Handbook of Philosophy of the City. London/New York: Routledge, pp. 87-100. DOI: <https://doi.org/10.4324/9781315681597-8>. Además, solo así las tecnologías de gobierno del neoliberalismo consiguen dirigir eficazmente las conductas de los individuos suponiendo, al mismo tiempo, su libertad de acción dentro de espacios urbanos donde se administra activamente el ambiente de su seguridad. Quien no se adapte a esto puede ser reubicado en los espacios de encierro y normalización de las tecnologías disciplinarias. Elden, Stuart (2019). “Gubernamentalidad, cálculo, territorio.” Avellaneda, Aldo; Vega, Guillermo (Coord.) Conductas que importan. Variantes de análisis de los Estudios en Gubernamentalidad. Corrientes: EUDENE, pp. 131-154. En mismo sentido, Tello, Andrés Maximiliano (2022). “Programar y gobernar. Disputas tecnológico-políticas en la época de las Smart Cities”. ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura, 198 (803-804), enero-junio, a 637. DOI: <https://doi.org/10.3989/arbor.2022.803-804004>.

¹⁹ No hay pues liberalismo sin una difundida cultura del miedo que hace a los individuos desear la regulación constante de sus movimientos y la gestión continua de sus eventuales amenazas. Lemke, Thomas (2002). “Foucault, Governmentality, and Critique.” Rethinking Marxism, 14 (3), 49-64. DOI: <https://doi.org/10.1080/089356902101242288>. En el mismo sentido, Castro-Gómez, Santiago (2015). Historia de la gubernamentalidad. Razón de Estado, liberalismo y neoliberalismo en Michel Foucault. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

²⁰ La población acepta, por presión institucional, los nuevos dispositivos de seguridad como un paquete tecnológico ventajoso al cual solo tiene derecho lo ciudadano que habita en una *Smart City*. Rodrigues, Nuno (2016). “Algorithmic Governmentality, Smart Cities and Spatial Justice.” Justice Spatiale/Spatial Justice, 10: 1-22. Disponible en https://www.jssj.org/wp-content/uploads/2016/07/JSSJ10_5_VA.pdf. Accesado en 22 jul. 2023. En mismo sentido, Tello, Andrés Maximiliano (2022). “Programar y gobernar. Disputas tecnológico-políticas en la época de las Smart Cities”. ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura, 198 (803-804), enero-junio, a 637. DOI: <https://doi.org/10.3989/arbor.2022.803-804004>.

procesamiento y rentabilización político-corporativa.²¹ Se sabe que las ciudades inteligentes hacen que sea perfectamente posible trazar los movimientos, interacciones sociales de su ciudadano y sus acciones en tiempo real, ya sea mientras él viaja en el transporte público, él hace una compra o él disfruta del espacio verde, sentado en una plaza en medio de la ciudad inteligente.

En ese sentido, la *gubernamentalidad* de las ciudades inteligentes define también cómo debe el ciudadano comportar, al asumir el registro constante de sus actividades y señalar sugerencias para participar en la implementación político-corporativa,²² como son las soluciones para las cuestiones urbanas destacadas en los ODS. Es decir, para el ordenamiento de las ciudades inteligentes es necesaria la activa orientación de la conducta de sus ciudadanos de manera entusiasta.

1.2 Los principales objetivos de desarrollo sostenible de las ciudades inteligentes

En el contexto mundial del siglo XXI, lo vínculo entre dispositivos de seguridad y las cuestiones ambientales ocupan un lugar destacado en los más diversos niveles: internacional, nacional, regional y local, se encuentran también en la base de la racionalidad de gobierno de las actuales *Smart Cities*.²³ Las preocupaciones por la escasez de recursos raros, incluso los reflejos e impactos causados por el desarrollo en el medio ambiente han sido discutidas incansablemente en siglo XXI en la búsqueda de soluciones que no interfieran con el crecimiento económico.

Después de celebrar eventos como Río+10 en 2002 y Río+20 en 2012, en 2015, Naciones Unidas promovió una reunión encaminada a un nuevo intento de frenar o reducir considerablemente los impactos ambientales, incluidas medidas para contener el calentamiento global.

²¹ La interconexión de sistemas informáticos, y la multiplicación sin precedentes de sensores y de cámaras de video-vigilancia durante las últimas décadas genera un nuevo ambiente artificial para ayudar el gobierno de las ciudades a controlar sus habitantes. Gabrys, Jennifer (2016). *Program earth: Environmental Sensing Technology and the Making of a Computational Planet*. Minneapolis: University of Minnesota Press. DOI: <https://doi.org/10.5749/minnesota/9780816693122.001.0001>.

²² Esto supone que “debemos subjetivarnos a partir del deseo y la aceptación de una nueva mentalidad *Smart* de la vida en la ciudad” (traducción libre). Rodrigues, Nuno (2016). “Algorithmic Governmentality, Smart Cities and Spatial Justice.” *Justice Spatiale/Spatial Justice*, 10: 1-22. Disponible en https://www.jssj.org/wp-content/uploads/2016/07/JSSJ10_5_VA.pdf. Consultado en 22 jul. 2023. En ese mismo sentido, Klauser, Francisco; Passche, Till; Söderström, Ola (2014b). “Smart cities as corporate storytelling.” (Analysis of urban trends, culture, theory, policy, action). *City*, 18(3): 307-320. DOI: <https://doi.org/10.1080/13604813.2014.906716>.

²³ En cualquier caso, todo parece indicar que estamos frente a la emergencia de *tecnologías gubernamentales* basadas en un “devenir ambiental de la computación que ha sido calificado también como un nuevo tipo de gobierno del ambiente” (traducción libre). Klauser, Francisco; Passche, Till; Söderström, Ola (2014a). “Michel Foucault and the smart city: power dynamics inherent in contemporary governing through Code.” (*Environment and Planning D*), *Society and Space* 32: 869-885. DOI: <https://doi.org/10.1068/d13041p>

En seguida, los ODS surgieron como un compromiso de cooperación, un acuerdo firmado entre la comunidad internacional y una asociación globalizada - Naciones Unidas - en la que se incluirán todos los sectores interesados y personas afectadas por el proceso de desarrollo.²⁴

1.2.1 Iniciativas de política energética de la UE y ciudades inteligentes (ODS 7)

La política energética de la UE y ciudades inteligentes integran sistemas físicos, digitales y humanos en redes y servicios tradicionales para un uso mejor y más eficiente de los recursos energéticos porque las áreas urbanas de la UE contribuyen de manera esencial al consumo de energía y a las emisiones de gases de efecto invernadero de la UE.

Al mismo tiempo, las ciudades son los principales motores de la economía de la UE, abriendo vías efectivas para el crecimiento económico y el empleo. Además, establecen objetivos y acciones para ayudar a proporcionar energía segura, asequible y limpia a los ciudadanos y empresas de la UE. Centrándose en la renovación de edificios, la directiva sobre eficiencia energética de los edificios promueve la integración de tecnologías inteligentes en los edificios para aumentar su rendimiento y eficiencia energética.²⁵

1.2.2 Innovación y Tecnología disponible (ODS 9)

Innovación y Tecnología disponible sirven para mejorar la vida urbana a través de soluciones integradas más sostenibles para las ciudades, la industria y los ciudadanos. Esto incluye la innovación aplicada, una mejor planificación, un enfoque más participativo en las ciudades inteligentes²⁶ que de acuerdo con la acepción de Castro-Gómez, para ser más participativa, la *gubernamentalidad* de Foucault no parte de la unidad del Estado sino de una

²⁴ Se realizan varias reuniones entre naciones para discutir los problemas ambientales y tratar de encontrar soluciones que se puedan cumplir sin afectar el modo de vida de los países desarrollados. Se firman tratados y acuerdos internacionales con la participación de diferentes países de todos los continentes y vinieron los objetivos de desarrollo sostenible, en los que los países comprometidos firmaron un acuerdo para alcanzar dichos objetivos para el año 2030. Naciones Unidas (2015). Objetivos de Desarrollo Sostenible. Disponible en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-development-goals/>. Accesado en 22 jul. 2023.

²⁵ El Plan Estratégico de Tecnología Energética (Plan SET) apoya las tecnologías de mayor impacto en la transformación de la UE hacia un sistema energético bajo en carbono. Fomenta la cooperación entre los Estados miembros, empresas e instituciones de investigación de la UE. IEA – International Energy Agency (2022), World Energy Outlook 2022, Paris: OECD Publishing. DOI: <https://doi.org/10.1787/3a469970-en>.

²⁶ De acuerdo con el Manifiesto, el elemento esencial para conseguir resultados exitosos en estrategias de ciudades inteligentes es partir de la gente centrándose en las necesidades ciudadanas, adoptando un diseño centrado en el ciudadano y la búsqueda de una calidad de vida integral. Smart Cities.eu (2020) Ciudades Inteligentes Inclusivas: Un Manifiesto Europeo de Compromiso Ciudadano. Disponible en https://smart-cities-marketplace.ec.europa.eu/sites/default/files/Manifiesto%20on%20Citizen%20Engagement_Spanishpercentage20translation.pdf. Accesado en 26 jul. 2023.

multiplicidad de prácticas dotadas de racionalidades particulares²⁷, siendo que una de las más importantes búsquedas del ciudadano es encontrar una tecnología que puede ofrecer nuevas soluciones creativas, pero debiendo ser un medio para un fin al servicio de los ciudadanos.

1.2.3 El creciente número de habitantes urbanos (ODS 11)

Desde 2016, la Agenda Urbana para la UE²⁸ ha reunido a los países de la UE, la Comisión Europea y otras partes interesadas para estimular el crecimiento sostenible de las ciudades de la UE y abordar los desafíos sociales. Pero, con el mundo en medio de la primera crisis energética mundial que afecta las estructuras de las ciudades, provocada por la invasión rusa de Ucrania, hay implicaciones de este profundo y continuo impacto en la resiliencia de las ciudades europeas. En 2022, la Comisión Europea lanzó un *casebook* con ejemplos para ayudar a orientar las ciudades.²⁹

El desafío de delimitar un régimen jurídico sustantivo para la municipalidad es fruto de la gran diversidad de formas jurídicas que puede adoptar la municipalidad. Desde el punto de vista del mercado mundial, el municipio como actor global es el que está en condiciones de seleccionar el ordenamiento jurídico más propicio a sus intereses para maximizar sus efectos positivos y evitar los efectos nocivos de los demás ordenamientos jurídicos y sistemas que serían aplicables.³⁰

Observase que la progresiva caracterización de la municipalidad como sujeto político-institucional requerirá su reconocimiento específico por los distintos ordenamientos jurídicos estatales como señala la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea núm. 927, de 13

²⁷ Este libro hace una relectura de la teoría de Foucault sobre seguridad, territorio y población conectando las ideas de libertad con los aparatos de poder y soberanía del neoliberalismo en el siglo XXI. Castro-Gómez, Santiago (2015). Historia de la gubernamentalidad. Razón de Estado, liberalismo y neoliberalismo en Michel Foucault. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

²⁸ Una síntesis sobre la Evolución de los planteamientos de la Unión Europea para la Agenda Urbana de 2016 y sobre la política urbana en el artículo de Carloni, Ernico; M. Vaquero Piñero, Manuel (2015) “Le città intelligenti e l’Europa. Tendenze di fondo e nuove strategie di sviluppo urbano” Istituzioni del Federalismo, n. 4, pp. 865-894. Disponible en https://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/Rivista_4_2015/Carloni.pdf. Accesado en 7 ago. 2023.

²⁹ *Smart Cities Marketplace* tiene miles de seguidores de Europa y más allá, muchos de los cuales se han registrado como miembros. Sus objetivos comunes son mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, aumentar la competitividad de las ciudades y la industria europeas y alcanzar los objetivos europeos en materia de energía y clima. European Commission (2022). “Smart Solutions Casebook.” Smart Cities Marketplace. September 2022. Disponible en <https://smart-cities-marketplace.ec.europa.eu/sites/default/files/2022-09/Smart%20Cities%20Marketplace-Smartpercentage%20Solutionspercentage%20Casebook.pdf>. Accesado en 4 ago 2023.

³⁰ Pero en el caso de sujetos públicos, como la municipalidad, el actor global es también un actor internacional en el sentido de que participa e interviene en la elaboración y ejecución de políticas globales de agendas globales que luego necesitan ser efectivas. De su concreción en acciones locales. Font i Llovet, Tomàs (2021). “La ciudad inteligente como actor global.” *European Review of Digital Administration & Law – Erdal*, Volume 2, Issue 1, pp. 19-32. Disponible en <https://www.erdalreview.eu/free-download/97912599424323.pdf>. Accesado en 05 ago. 2023.

de diciembre de 2018 (casos acumulados T-339/16, T-352/16 y T391/16).³¹ Esta Sentencia ha reconocido la legitimación de los ayuntamientos de París, Bruselas y Madrid para interponer recurso de anulación contra el Reglamento 2016/646 de la Comisión, que modificaba, haciéndolos menos exigentes, los límites máximos de emisiones permitidos por la norma Euro 6 que se habían establecido en el Reglamento 715/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo. El papel de las ciudades en relación con el cumplimiento del derecho europeo emerge con claridad a lo largo de la Sentencia. Pero con ello, también será cada vez más imprescindible su reconocimiento de la municipalidad como una entidad político-jurídico por parte del orden internacional y de sus organizaciones.

1.2.4 Producción y consumo responsables y lo uso de los residuos en la economía circular (ODS 12)

El crecimiento sostenible es uno de los principales objetivos de la Unión Europea (UE). Ante una escasez global de recursos naturales, “hacer más con menos” se ha convertido en el principal desafío para productores y consumidores. Para abordar este desafío durante el rápido cambio climático y la creciente demanda de energía y recursos, la UE ha introducido una serie de políticas e iniciativas dirigidas al consumo y la producción sostenibles. Estos deberían mejorar el rendimiento medioambiental general de los productos a lo largo de su ciclo de vida, estimular la demanda de mejores productos y tecnologías de producción y ayudar a los consumidores a tomar decisiones informadas en el marco del Pacto Verde Europeo³² y, en particular, el nuevo Plan de Acción de Economía Circular,³³ una

³¹ EUR-LEX (2018). Sentencia del Tribunal General (Sala Novena ampliada) de 13 de diciembre de 2018. Ville de Paris, Ville de Bruxelles y Ayuntamiento de Madrid contra Comisión Europea. Medio ambiente (Asuntos acumulados T-339/16, T-352/16 y T-391/16). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:62016TJ0339>. Accesado en 9 ago. 2023.

³² El Pacto Verde Europeo es un paquete de iniciativas políticas cuyo objetivo es situar a la UE en el camino hacia una transición verde, con el objetivo final de alcanzar la neutralidad climática para 2050. Apoya la transformación de la UE en una sociedad justa y próspera con una Economía moderna y competitiva. El paquete incluye iniciativas que cubren el clima, el medio ambiente, la energía, el transporte, la industria, la agricultura y las finanzas sostenibles, todas ellas fuertemente interrelacionadas. EUR-LEX (2019). Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - The European Green Deal. Brussels, 11.12.2019. COM (2019) 640 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2019%3A640%3AFIN>. Accesado en 23 jul. 2023.

³³ La Comisión presentó un nuevo Plan de Acción para la Economía Circular (CEAP) en marzo de 2020, en el que anunció una iniciativa de productos sostenibles para adaptarlos a una economía circular, climáticamente neutra y eficiente en el uso de los recursos, y a reducir los residuos. La iniciativa de productos sostenibles se basará en la Directiva sobre diseño ecológico y abordará las sustancias químicas nocivas en productos como la electrónica y los equipos de TIC, los textiles, los muebles, el acero, el cemento y los productos químicos, y el empoderamiento de los consumidores. EUR-LEX (2020). Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - A New Circular Economy Action Plan for a Cleaner and more competitive Europe. Brussels, 11.3.2020. COM (2020) 98 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1583933814386&uri=COM:2020:98:FIN>. Accesado en 23 jul. 2023 y European

política de productos sostenibles. En 2021, se anunció una iniciativa legislativa para adaptar los productos a una economía circular, climáticamente neutra y eficiente en el uso de recursos.

Después, la Comisión adoptó una propuesta de directiva sobre nuevas normas para fundamentar las declaraciones ecológicas, que aborda las declaraciones ambientales falsas y la gran expansión de las etiquetas ecológicas públicas y privadas en 22 de marzo de 2023. También la Comisión adoptó una propuesta de directiva sobre normas uniformes que fomentan la reparación de bienes. La iniciativa del 'derecho a reparar' fomenta el consumo sostenible, haciendo que sea más fácil y barato para los consumidores reparar productos defectuosos en lugar de reemplazarlos. Junto con la propuesta de directiva para empoderar a los consumidores para la transición verde, las nuevas reglas establecen un régimen de declaraciones y etiquetas ambientales para abordar el lavado verde.

1.2.5 Iniciativas políticas de la UE sobre cambio climático y ciudades inteligentes (ODS 13)

Varias políticas de la UE promueven zonas urbanas más sostenibles, saludables y competitivas al tiempo que abordan los desafíos climáticos. Promover los esfuerzos de investigación e innovación es fundamental para implementar los objetivos climáticos de la UE en las ciudades inteligentes.

En junio de 2021, el Consejo adoptó la ley climática europea,³⁴ un elemento vital del Pacto Verde Europeo de 2019.³⁵ Con él, los países de la UE están legalmente obligados a alcanzar los objetivos climáticos para 2030 y 2050. Además, en junio de 2021, el Consejo aprobó unas conclusiones que respaldan la nueva estrategia de la UE sobre adaptación al

Parliament (2021). Resolution of 10 February 2021 on the New Circular Economy Action Plan (2020/2077(INI)). Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0040_EN.html. Accedido en 25 jul. 2023.

³⁴ La ley climática establece el marco para las acciones que deben tomar la UE y los estados miembros para reducir progresivamente las emisiones y, en última instancia, alcanzar la neutralidad climática en la UE para 2050. Sus objetivos son: (i) establecer la dirección a largo plazo para alcanzar el objetivo de neutralidad climática para 2050 a través de todas las políticas de una manera socialmente justa y rentable; (ii) fijar un objetivo más ambicioso para la UE para 2030 a fin de encaminar a Europa por una senda responsable para alcanzar la neutralidad climática de aquí a 2050; (iii) crear un sistema para monitorear el progreso y tomar medidas adicionales si es necesario; (iv) proporcionar previsibilidad a los inversores y otros actores económicos; y (v) garantizar que la transición hacia la neutralidad climática sea irreversible. EUR-LEX (2021). Regulation (EU) 2021/1119 of the European Parliament and of the Council of 30 June 2021 establishing the framework for achieving climate neutrality and amending - European Climate Law. Regulations (EC) No 401/2009 and (EU) 2018/1999. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32021R1119>. Accedido en 24 jul. 2023.

³⁵ Subraya la necesidad de un enfoque holístico e intersectorial en el que todas las áreas políticas relevantes contribuyan al objetivo final relacionado con el clima. EUR-LEX (2019). Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - The European Green Deal. Brussels, 11.12.2019. COM (2019) 640 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2019%3A640%3AFIN>. Accedido en 23 jul. 2023.

cambio climático, especialmente en los espacios urbanos. La estrategia describe una visión a largo plazo para que la UE se convierta en una sociedad urbana resiliente al clima y totalmente adaptada a los impactos inevitables del cambio climático para 2050, con la ayuda de la tecnología empleada en las ciudades inteligentes.

2 Estudios de Casos de las Ciudades Inteligentes: Madrid y París

Este ítem fue basado en las estrategias de tecnología y sostenibilidad encontrados en la Internet³⁶ y usando algunas de las palabras claves del artículo³⁷ más el nombre de las ciudades investigadas: Madrid o París. Fueran encontrados catorce proyectos privados, pero financiados por la Unión Europea. Los gobiernos de Madrid y París postan sus estrategias en la red. Abajo, describense las estrategias *gubernamentales* por medio de (i) un documento de la Estrategia de Transformación Digital de la Ciudad de Madrid de 2019,³⁸ y (ii) un documento de la Estrategia de inclusión digital de París de 2018 y Estrategia de Resiliencia de París de 2021.³⁹ Visiblemente, desde 2018, Madrid opta por mejorar la calidad del aire, la movilidad (incluyendo mejores infraestructuras, menos vehículos privados circulando en el centro de la ciudad, más oferta de coches compartidos⁴⁰ y ofreciendo más transporte público a mejores precios. En cuanto, desde 2018, París desarrolla la interacción entre el ciudadano y la tecnología y, en 2020, lo coloca en sus espacios públicos al desarrollar el proyecto *Paris 15 min walking*, implantado por la Alcaldesa de París, Anne Hidalgo. El concepto es desafiante e innovador que haría de la capital una ciudad de quince minutos, una *ville des proximités*. La idea es crear vecindarios donde las necesidades esenciales de todos los residentes estén fácilmente al alcance de la mano en 15 minutos en bicicleta o caminando. Después, en 2021 ejecuta proyectos relativos a las mudanzas climáticas como obligar una nueva arquitectura para París por el calor con árboles plantadas en los tejados e, en 2023, pintar las buhardillas de París de blanco para que el calor se refleja.

³⁶ Plataforma Google Chrome.

³⁷ Proyectos o estrategias de ciudades inteligentes; EU; ODSX (substituido por todos los 17 ODS) e urbanización. Las búsquedas fueran hechas en español y francés, porque son las lenguas oficiales de cada municipalidad.

³⁸ Municipalidad de Madrid (2018). Estrategia de Transformación Digital de la Ciudad de Madrid. Disponible en https://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/OficinaDigital/Nav_OfDigital/ficheros/20221108%20ESTRATEGIA-MADRID-CAPITAL-DIGITAL.pdf. Accesado en 10 ago. 2023.

³⁹ Municipalidad de París (2021). Stratégie de Résilience de Paris. Disponible en https://resilientcitiesnetwork.org/downloadable_resources/Network/Paris-Resilience-Strategy-French.pdf. Accesado en 8 ago. 2023.

⁴⁰ Nunes, Cláudia Ribeiro Pereira (2021). “Patinetes eléctricas e pedestres. Estudo de caso de mobilidade em cidades brasileiras e espanholas.” Nunes, CRP; Furquim, CA (Coord.), Diálogos iberoamericanos. Sostenibilidad, derecho ambiental y derecho urbanístico. Rio de Janeiro: Media Jurídica, págs. 268-299.

Notase también que, en 2018/2019 Madrid aparece más en la red, divulgando sus proyectos y estrategias de la *Smart City*. A partir de 2021, las dos ciudades tienen *Hubs* tecnológicos y hacen parte de la iniciativa pionera de Ciudades Tecnológicas 5G.⁴¹ Pero, en 2022/2023, de acuerdo con las noticias de las medias digitales, especialmente los tuits y videos en YouTube, de reporteros españoles y franceses, ha menos escrito sobre Madrid que Paris porque la pauta política de España es el foco de los reporteros en las dos lenguas. Pero Paris muestra que pasó a desarrollar proyectos de infraestructura conforme su estrategia de resiliencia y sugiere a los ciudadanos a cumplieren su políticas-corporativas de *Smart Cities*, ayudando al cumplimiento de los ODS.⁴²

Conclusiones Principales

A principios del siglo XXI, el desarrollo de las TIC generó una realidad de *hiperconectividad*, en la que se incrementan las posibilidades comunicativas de los usuarios a través de los *smartphones* en las ciudades inteligentes. Hoy más que nunca, las ciudades europeas necesitan reforzar el crecimiento inteligente o tecnologico y sostenible.

De acuerdo con la acepción de Castro-Gómez, la *gubernamentalidad* de Foucault no parte de la unidad del Estado sino de una multiplicidad de prácticas dotadas de racionalidades particulares⁴³, y eso quedase bien claro al analizarse la hoja de cálculos de los tuits and vídeos en YouTube. Cada ciudad eligió una estrategia y la cumple, independientemente del gusto u voluntad de sus vecinos.

El núcleo de investigación apunta algunas de las soluciones de los ODS que reúnen diferentes campos políticos y sectores tecnológicos en los marcos de transición verde y digital para ayudar a las ciudades a reducir su impacto ambiental y ofrecer mejores condiciones de vida a los ciudadanos desde la perspectiva de la crisis energética y del objetivo climático.

El papel de las ciudades inteligentes en la gubernamentalidad de la crisis energética y del cambio climático son estructuraren las políticas y las inversiones que deben promover el desarrollo en las ciudades para apoyar un sistema urbano policéntrico equilibrado y la cohesión territorial en Europa.

⁴¹ Ha un *Gap* de acciones en 2020/2021, o que la autora atribuí a la Pandemia del COVID-19.

⁴² Nunes, Claudía Ribeiro Pereira (2023). Hojas de Cálculos de Comentarios de Twitter y YouTube sobre *Smart Cities* en español y francés (Documento de Trabajo 2023.08.001). Ago. de 2023. Producción Técnica ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación titulado “*Smart Governance: Las estrategias de tecnología y sostenibilidad de las Smart Cities*” (2021-2024). Acceso restringido.

⁴³ Este libro hace una relectura de la teoría de Foucault sobre seguridad, territorio y población conectando las ideas con los aparatos de poder del neoliberalismo en el siglo XXI. Castro-Gómez, Santiago (2015). Historia de la gubernamentalidad. Razón de Estado, liberalismo y neoliberalismo en Michel Foucault. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Como se puede extraer de los estudios de casos de Madrid y Paris, la creciente urbanización presenta innumerables desafíos para los gobiernos locales que deben desarrollar sus políticas considerando los crises de energía (ODS 7), la innovación y tecnología disponible (ODS 9), el creciente número de habitantes urbanos (ODS 11), producción y consumo responsables, lo uso de los residuos en la economía circular (ODS 12) y el cambio climático (ODS 13).

Referencias

- CARLONI, E; M. VAQUERO PIÑERO, M (2015) “Le città intelligenti e l’Europa. Tendenze di fondo e nuove strategie di sviluppo urbano” Istituzioni del Federalismo, n. 4, pp. 865-894. Disponible en https://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/Rivista_4_2015/Carloni.pdf. Accesado en 7 ago. 2023.
- CASTRO-GÓMEZ, S. (2015). Historia de la gubernamentalidad. Razón de Estado, liberalismo y neoliberalismo en Michel Foucault. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- ELDEN, S. (2019). “Gubernamentalidad, cálculo, territorio.” Avellaneda, Aldo; Vega, Guillermo (Coord.) Conductas que importan. Variantes de análisis de los Estudios en Gubernamentalidad. Corrientes: EUDENE, pp. 131-154 y Jobe, Kevin (2020).
- ERL, T; PUTTINI, R (2013). Cloud computing. Concepts, technology & architecture (The Pearson Service Technology Series). New Jersey: Prentice Hall Press.
- EUR-LEX (2018). Sentencia del Tribunal General (Sala Novena ampliada) de 13 de diciembre de 2018. Ville de Paris, Ville de Bruxelles y Ayuntamiento de Madrid contra Comisión Europea. Medio ambiente (Asuntos acumulados T-339/16, T-352/16 y T-391/16). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:62016TJ0339>. Accesado en 9 ago. 2023.
- EUR-LEX (2019). Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - The European Green Deal. Brussels, 11.12.2019. COM (2019) 640 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2019%3A640%3AFIN>. Accesado en 23 jul. 2023.
- EUR-LEX (2021). Regulation (EU) 2021/1119 of the European Parliament and of the Council of 30 June 2021 establishing the framework for achieving climate neutrality and amending - European Climate Law. Regulations (EC) No 401/2009 and (EU) 2018/1999. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32021R1119>. Accesado en 24 jul. 2023.
- EUROPEAN COMMISSION (2012). Smart Cities and Communities - European Innovation Partnership. Brussels, 10.7.2012 C (2012) 4701 final. Disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/smart-cities-and-communities-european-innovation-partnership-communication-commission-c2012-4701>. Accesado en 17 jul. 2023.
- EUROPEAN COMMISSION (2022). “Smart Solutions Casebook.” Smart Cities Marketplace. Brussels, September 2022. Disponible en <https://smart-cities-marketplace.ec.europa.eu/sites/default/files/2022-09/Smart%20Cities%20Marketplace-Smart%20Solutions%20Casebook.pdf>. Accesado en 4 ago 2023.

EUROPEAN PARLIAMENT (2021). Resolution of 10 February 2021 on the New Circular Economy Action Plan (2020/2077(INI)). Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0040_EN.html. Accesado en 25 jul. 2023.

FONT I LLOVET, T (2021). “La ciudad inteligente como actor global.” *European Review of Digital Administration & Law – Erdal*, Volume 2, Issue 1, pp. 19-32. Disponible en <https://www.erdalreview.eu/free-download/97912599424323.pdf>. Accesado en 05 ago. 2023.

FOUCAULT, M. (2000). *Defender la sociedad*. 3ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

FOUCAULT, M. (2006). *Seguridad, territorio y población*. 12ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

FOUCAULT, M. (2007). *Nacimiento de la biopolítica*. 9ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

GABRYS, J. (2016). *Program Earth: Environmental Sensing Technology and the Making of a Computational Planet*. Minneapolis: University of Minnesota Press. DOI: <https://doi.org/10.5749/minnesota/9780816693122.001.0001>.

IEA – International Energy Agency (2022), *World Energy Outlook 2022*, Paris: OECD Publishing. DOI: <https://doi.org/10.1787/3a469970-en>.

JOBÉ, K (2020). “Foucault and urban philosophy.” Meagher, Sharon; Noll, Samantha; Biehl, Joseph (Eds.). *The Routledge Handbook of Philosophy of the City*. London/New York: Routledge, pp. 87-100. DOI: <https://doi.org/10.4324/9781315681597-8>.

KLAUSER, F; PASSCHE, T.; SÖDERSTRÖM, O. (2014a). “Michel Foucault and the smart city: power dynamics inherent in contemporary governing through Code.” (*Environment and Planning D*) *Society and Space* 32: 869-885. DOI: <https://doi.org/10.1068/d13041p>

KLAUSER, F.; PASSCHE, T.; SÖDERSTRÖM, O. (2014b). “Smart cities as corporate storytelling.” (*Analysis of urban trends, culture, theory, policy, action*). *City*, 18(3): 307-320. DOI: <https://doi.org/10.1080/13604813.2014.906716>.

LEMKE, T (2002). “Foucault, Governmentality, and Critique.” *Rethinking Marxism*, 14 (3), 49-64. DOI: <https://doi.org/10.1080/089356902101242288>

MAYER-SCHÖNBERGER, V; CUKIER, K (2014). *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*. New York: Harper BusinessPublisher.

MUNICIPALIDAD DE MADRID (2018). *Estrategia de Transformación Digital de la Ciudad de Madrid*. Disponible en https://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/OficinaDigital/Nav_OfDigital/ficheros/20221108%20ESTRATEGIA-MADRID-CAPITAL-DIGITAL.pdf. Accesado en 10 ago. 2023.

MUNICIPALIDAD DE PARIS (2021). *Stratégie de Résilience de Paris*. Disponible en https://resilientcitiesnetwork.org/downloadable_resources/Network/Paris-Resilience-Strategy-French.pdf. Accesado en 8 ago. 2023.

NACIONES UNIDAS (2015). *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Disponible en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-development-goals/>. Accesado en 22 jul. 2023.

NUNES, C.R.P. (2021). “Patinetes elétricas e pedestres. Estudo de caso de mobilidade em cidades brasileiras e espanholas.” Nunes, CRP; Furquim, CA (Coord.), *Diálogos*

iberoamericanos. Sostenibilidad, derecho ambiental y derecho urbanístico. Rio de Janeiro: Media Jurídica, págs. 268-299.

NUNES, C.R.P. (2023). Hojas de Cálculos de Comentarios de Twitter y YouTube sobre Smart Cities en español y francés. (Documento de Trabajo 2023.08.001). Producción Técnica forma parte del Proyecto de Investigación titulado “Smart Governance: Las estrategias de tecnología y sostenibilidad de las Smart Cities” (2021-2024). Acceso restringido.

PARLAMENTO EUROPEO (2014). “Mapping Smart Cities in the EU.” Directorate General for Internal Policies Policy Department an Economic and Scientific Policy. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/507480/IPOL-ITRE_ET\(2014\)_507480_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/507480/IPOL-ITRE_ET(2014)_507480_EN.pdf). Consultado en 20 jul. 2023

QUAN-HAASE, A.; Wellman, B. (2006). “Hyperconnected Net Work: Computer-Mediated Community in a High-Tech Organization”. Heckscher, Charles; Adler, Paul (Ed.), *The Firm as a Collaborative Community: Reconstructing Trust in the Knowledge Economy*. New York: Oxford University Press, pp. 281-333. Disponible en: http://archive.kmdi.utoronto.ca/publications/documents/KMDI_WP_2005_2.pdf. Consultado en 18 jul. 2023

RODRIGUES, N. (2016). “Algorithmic Governmentality, Smart Cities and Spatial Justice.” *Justice Spatiale/Spatial Justice*, 10: 1-22. Disponible en https://www.jssj.org/wp-content/uploads/2016/07/JSSJ10_5_VA.pdf. Consultado en 22 jul. 2023.

RODRIGUES, N; VALE, M y COSTA, P (2022). “Urban experimentation and smartcities: a Foucauldian and autonomist approach.” *Territory, Politics, Governance*, 10 (4): 1-19. DOI: <https://doi.org/10.1080/21622671.2020.1777896>.

SADOWSKI, J y PASQUALE, F (2015). “The spectrum of control: A social theory of the Smart City.” *First Monday*, 20(7-6): 1-22. DOI: <https://doi.org/10.5210/fm.v20i7.5903>.

SMART CITIES.eu (2020) Ciudades Inteligentes Inclusivas: Un Manifiesto Europeo de Compromiso Ciudadano. Disponible en https://smart-cities-marketplace.ec.europa.eu/sites/default/files/Manifiesto%20on%20Citizen%20Engagement_Spanish%20translation.pdf. Consultado en 26 jul. 2023.

TELLO, A.M. (2022). “Programar y gobernar. Disputas tecnológico-políticas en la época de las Smart Cities”. *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, 198 (803-804), enero-junio, a637. DOI: <https://doi.org/10.3989/arbor.2022.803-804004>.

VANOLO, A (2014). “Smartmentality: The Smart City as Disciplinary Strategy.” *Urban Studies*, 51(5): 883-898. DOI: <https://doi.org/10.1177/0042098013494427>.

VILLAREJO GALENDE, H (2015). “Smart cities una apuesta de la Unión Europea para mejorar los servicios públicos urbanos.” *Revista de Estudios Europeos*, n. 66, páginas 25-51.

Los Desafíos de la Cultura Política Democrática para La Democracia Electoral Mexicana

Enoc Francisco Morán Torres¹

“En las opiniones sobre la regulación de la conducta humana nos guía el principio práctico de que los demás deben obrar como uno actúa y como actúan aquellos con los que uno simpatiza”. John Stuart Mill.

Sumario: I. Introducción. II. La situación de la democracia en América Latina. III. El desarrollo de la democracia electoral en México. IV. Los problemas de la cultura política democrática y su impacto en los procesos electorales. V. Conclusiones. VI. Fuentes de consulta.

Resumo: El sistema electoral mexicano es un sistema que históricamente se ha construido a partir de la desconfianza, producto de la constante insatisfacción que la democracia electoral genera entre los partícipes del llamado juego democrático. De hecho, el andamiaje institucional y normativo impulsado a partir de la reforma electoral del año 1977 y de las subsecuentes constitucionales y legales, se ha orientado al fortalecimiento de la democracia electoral en la búsqueda incesante de operacionalizar la premisa constitucional relativa a la renovación periódica y pacífica del poder basada en la participación de la ciudadanía en los procesos comiciales mediante el ejercicio del sufragio universal, libre, secreto, directo, personal e intransferible además de la postulación de candidaturas como mecanismos para acceder al poder en la vía independiente o partidaria, prevista en los artículos 35, 39 y 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

No obstante, el avance normativo a nivel constitucional y legal no ha ido a la par del desarrollo de una cultura política democrática que redimensione la importancia del involucramiento ciudadano en los procesos de participación electoral en la que la emisión del voto informado y a partir de campañas políticas de contraste con autoridades administrativas y jurisdiccionales sólidas con un importante nivel de confianza ciudadana, la ciudadanía esté en aptitud de asumir una decisión informada respecto de los mejores perfiles para constituir el poder público y contribuir al fortalecimiento de la gobernabilidad.

De ahí que, en la época contemporánea del anhelado fortalecimiento de la democracia electoral mexicana, la ausencia de una cultura política democrática se suma a los desafíos que la referida democracia presenta. Por lo que, la presente ponencia tiene como objetivo plantear los desafíos que la cultura política democrática presenta en el ámbito político-electoral frente al creciente nivel de abstencionismo y el déficit en la confianza de la ciudadanía tanto en las instituciones públicas como la propia democracia.

Palavras-chave: Democracia electoral; cultura política democrática, reforma constitucional.

Abstract: The Mexican electoral system is a system that has historically been built on mistrust, a product of the constant dissatisfaction that electoral democracy generates among the participants in the democratic game. In fact, the institutional and normative scaffolding promoted from the electoral reform of 1977 and the subsequent constitutional and legal ones, has been oriented to the strengthening of electoral democracy in the incessant search to operationalize the constitutional premise. This related to the periodic renewal and peaceful power based on the participation of citizens in electoral processes through the exercise of

¹ Doctor en Derecho egresado con mención honorífica del programa de Doctorado Interinstitucional en Derecho; Profesor Investigador de Tiempo Completo de la Universidad de Colima; Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel I; perfil PRODEP; enocmoran@uocol.mx.

universal, free, secret, direct, personal and non-transferable suffrage. In addition to the postulation of candidacies as mechanisms to access power through independent or partisan channels, provided for in articles 35, 39 and 41 of the Political Constitution of the United Mexican States.

However, the regulatory progress at the constitutional and legal level has not gone hand in hand with the development of a democratic political culture that redimensions the importance of citizen involvement in electoral participation processes in which the casting of informed votes and from political campaigns. In contrast to solid administrative and jurisdictional authorities with a significant level of citizen trust, citizens are able to make an informed decision regarding the best profiles to constitute public power and contribute to the strengthening of governability.

Hence, in the contemporary era of the long-awaited strengthening of Mexican electoral democracy, the absence of a democratic political culture adds to the challenges that the aforementioned democracy presents. Therefore, the present paper aims to present the challenges that the democratic political culture presents in the political-electoral field in the face of the growing level of abstentionism and the deficit in the confidence of citizens both in public institutions and in democracy itself.

Keywords: Electoral democracy; Democratic political culture; Constitutional reform.

I. Introducción

América Latina es más que una región subcontinental, es un crisol caracterizado por la desigualdad, la inestabilidad económica, política y social, así como por tener algunos gobiernos que, a pesar de que se precian de ser democráticos, su actuación dista mucho de los principios que caracterizan a la referida forma de gobierno además de presentar diversas crisis cuyas consecuencias han terminado en procesos no pacíficos de transmisión del poder y en severos cuestionamientos a la legitimidad de sus representantes.

No obstante, y aún con los periplos en comento, lo único constante continúa siendo el cambio y sus ineluctables consecuencias.

En efecto, algunos de los cambios experimentados en América Latina han pasado desapercibidos no obstante que éstos no hayan resultado del todo benéficos para la población en general. Incluso, en diversos casos, representaron severos retrocesos, poniendo sobre la mesa de la discusión, la necesidad de contar con mecanismos más eficaces para el control del ejercicio del poder político y una mayor participación de la ciudadanía en la *cosa* pública.

De esa manera, ambos elementos van de la mano del mejoramiento de las condiciones y los niveles de cultura política democrática cuyos ejes son la educación, la participación y el derecho. Por lo que, esta participación tiene como objetivo identificar los problemas que la cultura política democrática enfrenta en México y su impacto en los procesos electorales, mismos que han dificultado la democratización del espacio público.

II. La Situación de la Democracia en América Latina

De conformidad con el IMCO, la democracia global se deterioró en 2019 en la que América latina presentó fuertes regresiones. Según *The Economist* el caso de América Latina, en una escala de 0 a 10, alcanzó un registro del 7.48 en procesos electorales y pluralismo, 5.21 en funcionamiento del gobierno, 5.81 en participación política, 5.18 en cultura política, 6.79 en libertades civiles y una puntuación global de 6.09 (2020:36-37).

En este último punto, Colombia obtuvo una puntuación global de 7.04 y México de 6.07 mientras que Uruguay posee el puntaje más alto con 8.61. Los resultados obtenidos para América Latina, obedecen a dos factores principales: procesos electorales y pluralismo, así como libertades civiles cuyos resultados han presentado un deterioro en años recientes además de evidenciar aspectos como altos niveles de corrupción y violencia, gobiernos ineficaces, incremento de la insatisfacción popular, así como el debilitamiento en la confianza de las instituciones políticas y la percepción de la democracia.

Particularmente, en Colombia el 55.6% de las personas considera que el país es medianamente democrático, el 25.4% que el país es democrático y el 19.1% como no democrático (DANE 2021). Además, el 37.2% de Bogotá no votó en las elecciones para alcaldes, gobernadores, asambleas departamentales, consejos municipales y juntas administradoras en 2019, por desinterés (DANE 2021).

Por su parte, Latinobarómetro precisa que el 55% de los ciudadanos dicen que sí puede tener consecuencias negativas, el expresar sus opiniones sobre los problemas del país (2021:98). De igual forma, asevera que:

La crisis de los sistemas de partidos y de representación, el declive de la política, los candidatos populistas, las elecciones con numerosos candidatos a la presidencia, la atomización de los movimientos y la baja confianza en las instituciones de la democracia están relacionados con este aumento de la autocensura masiva de parte de la población de la región (Latinobarómetro, 2021:99).

Además, el referido estudio evidencia la existencia de gobiernos como es el caso de Nicaragua y Venezuela que, desde el año 2010, han reflejado declives en su democracia y otros tantos que han pasado de los que denomina *hiperpresidentes* a *sub-presidentes* (Latinobarómetro, 2021:7). Además, denota:

El desencanto de la política, originado por la crisis de representación y la incapacidad de dismantelar la desigualdad y la discriminación, que comenzó a forjarse al inicio de las transiciones a la democracia, en la medida que no se solucionaban los problemas, continúa su profundización (2021:7-8).

Ahora bien, en lo que refiere a la libertad de expresión, en 2020 el 46% estaba de acuerdo en que ésta se encontraba garantizada. De hecho, el citado rubro se encuentra liderado por Uruguay, Costa Rica, República Dominicana, Panamá y Argentina, evidenciando

que, a pesar de ello, las garantías de participación en política y libertad de expresión presentan los indicadores más bajos en los últimos 15 años (Latinobarómetro, 2021:56).

Asimismo, Latinobarómetro presenta resultados interesantes respecto a la confianza en las instituciones de la democracia entre las que destacan en orden descendente: 1. Las fuerzas armadas; 2. La policía; 3. El presidente; 4. La institución electoral; 5. Gobierno; 6. Poder judicial; 7. Congreso; y 8. Partidos políticos (2021:63), evidenciando cómo las instituciones directamente vinculadas con la *vita publica* de la ciudadanía se ubican en los niveles más bajos en cuanto a confianza se refiere.

Sobre el particular, en lo relativo a la institución electoral, casos como el de Uruguay proyectan un 64%, México un 36% y Honduras un 13% en el nivel de confianza mientras que los partidos políticos evidencian ser la institución peor evaluada, presentando un porcentaje de confianza que va del 7% en Perú con 25 partidos políticos, el 33% en Uruguay con 10 partidos y México arroja un 13% con 8 partidos, en el multireferido nivel (Latinobarómetro, 2021:71-72).

Al caso, el multireferido estudio presenta la siguiente conclusión con relación a los factores que han propiciado las crisis de la política y de la representación:

La atomización del sistema de partidos, el surgimiento de un sinnúmero de movimientos y fracciones de partidos, es uno de los síntomas más evidentes de la crisis de la política y de representación. Esto remonta a la crítica a las elites y su liderazgo y es un buen indicador del fracaso de las elites que han conducido los gobiernos en la última década donde cae a la mitad la aprobación de gobierno (Latinobarómetro, 2021:71).

Ahora bien, en lo que respecta al Índice de Desarrollo Democrático de América Latina 2016, la referida porción subcontinental presenta un retroceso en el promedio del desarrollo democrático en el que Colombia evidencia un desarrollo democrático mínimo y México un desarrollo democrático bajo, ambos por debajo del promedio regional y de países como Chile, Uruguay y Costa Rica (IDD-LAT, 2016).

De hecho, en el caso de México, su ubica se caracteriza por los evidentes, notorios y públicos problemas de inseguridad y violencia mientras que en el de Colombia, resulta visible que aún cuenta con áreas de oportunidad en democracia de los ciudadanos y en la dimensión económica de la democracia (IDD-LAT, 2016).

Así las cosas, uno de los rubros que han tenido un mayor impacto negativo es el relativo a la democracia de los ciudadanos, en virtud de que éstos no cuentan con las condiciones óptimas para el ejercicio de las libertades civiles y los derechos políticos, dificultando los procesos de participación ciudadana, el ejercicio pleno de los derechos y el cumplimiento de las metas personales.

Aunado a lo expuesto anteriormente, en el caso particular de México, la pandemia representó “una detención parcial de la vida” (IDD-MEX, 2021:9), presentando contrastes importantes en el desarrollo democrático de las entidades federativas de conformidad con la región en la que se ubican. Ello, sin menoscabo de precisar el descenso del promedio de dicho desarrollo en virtud de la modificación de diversas entidades federativas en el estatus que pasó de alto a medio incluso al diverso de bajo desarrollo democrático.

Lo anterior, considerando dimensiones como democracia de los ciudadanos, relacionada con el respeto de los derechos y las libertades, por mencionar una de las diversas variables consideradas. Circunstancia que permite advertir la falta de condiciones óptimas para la garantía de los derechos y el ejercicio de las libertades.

Los datos señalados con antelación, coadyuvan a fortalecer la percepción de que la situación de la democracia en América Latina aún no es la deseable. Sin bien es cierto, la democracia se ha mantenido, en términos generales, como la forma de gobierno predominante, dista mucho de la satisfacción que ésta debe generar entre los ciudadanos. No obstante que aún persiste la confianza de que la democracia contribuya al desarrollo nacional y de la región, generando la mejora en las condiciones de vida de la ciudadanía.

De esa manera, aspectos como: las constantes crisis institucionales; las luchas por la reivindicación de los derechos de grupos históricamente vulnerados; la búsqueda de avances en materia de equidad de género; las difíciles relaciones entre los poderes constitucionales; la ausencia de liderazgos políticos; la falta de democratización del espacio público, entre otros, representan factores que condicionan el desarrollo democrático en América Latina, escenarios a los que México no resulta extraño y, por ende, también tienen un impacto en el incremento de la cultura política democrática.

III. El Desarrollo de la Democracia Electoral en México

El desarrollo de la democracia electoral en México a partir de la promulgación de la Constitución Política en aquel lejano 5 de febrero de 1917, que reformó la entonces vigente de 1857, ha tenido grandes avances y severos retrocesos. Puesto que, al menos la experiencia de más un siglo de su implementación, ha evidenciado que no bastan por sí mismas las reformas normativas e institucionales si éstas no van acompañadas del desarrollo de la cultura política democrática, de la construcción de ciudadanía y de la democratización del espacio público.

En efecto, el referido desarrollo ha pretendido cimentarse en la Constitución vigente por lo que ha sido ésta el blanco de innumerables procesos de reforma en aras de ajustar el

texto constitucional a lo que las legislaturas, impulsadas por la élite partidocrática (Morán, 2017:52), entienden que representa la realidad mexicana en el contexto de los procesos comiciales en los que la lucha por el poder, conlleva a la inobservancia de las reglas del juego democrático, mismas que paradójicamente, son establecidas por quienes, a la postre, obviarán su cumplimiento.

Las primeras 6 décadas de la vigencia de la Constitución de referencia, estuvo caracterizada por los esfuerzos políticos y legislativos en aras de la implementación de las proclamas e ideales de la revolución mexicana de principios del siglo XX, entre los que se encontraban los relativos a: la apertura para la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos del país; la garantía de la libertad de manifestación de ideas; el respeto al derecho de reunión y asociación con fines políticos; la renovación periódica de los constituyentes del poder; la organización de elecciones democráticas; y el respeto a la emisión del sufragio libre y directo, por mencionar algunos.

Efectivamente, esa fue la etapa de la construcción de las instituciones, del nacimiento y fortalecimiento del partido hegemónico, de la consolidación de un presidencialismo fuerte, de la operación de un centralismo económico y político, así como de la cimentación de un sistema político y electoral basado en partidos políticos convertidos, en ese momento y hasta 2012, en vías exclusivas para el acceso al poder, así como de un férreo control de la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos del país y de un cuasi inexistente sistema de mecanismos de impugnación de los actos y resultados vinculados con los procesos electorales.

Además, las reglas y procedimientos para la participación de la ciudadanía en el ámbito público, se limitó a la participación electoral mediante la emisión del sufragio en procesos comiciales organizados por el poder ejecutivo y calificado, de manera política, por el poder legislativo, aspectos que se mantuvieron vigentes hasta la década de los 90's del siglo XX con la creación del otrora Instituto Federal Electoral y del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación como órgano administrativo, responsable de organizar las elecciones, y jurisdiccional facultado para la calificación de las elecciones, respectivamente.

Así las cosas, durante el siglo XX se realizaron diversos esfuerzos por construir y fortalecer una privilegiada democracia electoral que, partiendo de la experiencia derivada de los sucesos de los siglos XIX y del propio XX, se cimentó en la desconfianza, ocupándose del establecimiento de un sistema sobre regulado que puso énfasis en: el acceso a medios de comunicación; el financiamiento de campañas políticas; la fiscalización de recursos; las causales de nulidad de elección y de votación recibida en casilla; las causas de invalidez por

violación a principios constitucionales; la propaganda gubernamental; la propaganda política; y la designación de autoridades administrativas y jurisdiccionales en materia electoral con perfil ciudadanizado.

Aunado a lo anterior, la construcción y fortalecimiento en comento: privilegió la partidocracia; priorizó la participación de los partidos políticos en los procesos comiciales; y mantuvo la vida interna de éstos como coto vedado. También, sentó las bases de un federalismo electoral con la participación concurrente de órganos locales y federales a los que no fue posible exentar de las evidentes injerencias de las autoridades políticas en las entidades federativas, así como la construcción de una línea jurisprudencial con mayor apertura a la protección de los derechos fundamentales.

De igual manera, durante el siglo XXI, la democracia electoral ha evidenciado mayor apertura para avanzar en aspectos relevantes como: equidad en la contienda; paridad y equidad de género; inclusión de grupos históricamente vulnerados; mecanismos de participación ciudadana; candidaturas independientes; causales de nulidad explícitas en la Constitución; intervención jurisdiccional en la vida interna de los partidos políticos y regulación de la propaganda política así como de la diversa gubernamental.

Además, se presentaron notables mejorías en materias como: instauración de procedimientos administrativos sancionadores; protección de los derechos de personas con discapacidad, jóvenes, indígenas y afrodescendientes; sistema institucionalizado de fiscalización de recursos; Judicialización de mecanismos de democracia participativa; tutela judicial efectiva; justicia abierta y redimensionamiento de los derechos político-electorales, por mencionar algunos.

De ahí que, como es posible advertir, el desarrollo de la democracia electoral mexicana se dio a partir de la construcción de reglas que privilegiaron la pretensión de regular la participación de los actores políticos en los procesos comiciales y operacionalizar instituciones que pudieran ser garantes de principios como imparcialidad, independencia, objetividad y máxima publicidad. Ello, en aras de construir un sistema electoral que resistiera las convulsiones inherentes a su propia naturaleza.

Lo anterior, no ha sido óbice para que las democracias experimenten crisis. Incluso, en términos de Dahl: la crisis ocasional parece ser un acontecimiento inevitable en la vida de cada país. Incluso los países maduros democráticamente, enfrentan graves crisis: guerras, depresiones económicas, terrorismo y otros retos. Pero nunca han colapsado en regímenes autoritarios. No obstante, no puede reclamarse un modelo de democracia con aceptabilidad universal, conviene pensar en una democracia ideal como un sistema político que puede ser

designado por los miembros de una asociación quienes están dispuestos a tratarse unos a otros, con propósitos políticos al menos, como políticamente iguales (56-57).

De hecho, en esa tesitura de la cultura democrática y la desigualdad no es dable desconocer, en términos de Carlos González que:

La relación entre la cultura democrática y la cultura de la desigualdad está conformada, por un lado, por las percepciones, creencias, valores y representaciones sobre la libertad y la igualdad (...) y, por otro, con formas específicas de acción y participación políticas a través de las cuales los individuos y las colectividades interfieren en ella y en otros asuntos públicos (2016:297).

Desafortunadamente, a pesar de los avances referidos con antelación y no obstante las experiencias acumuladas en las diversas crisis que experimentó el país durante el siglo XX y XXI, se obvió la construcción de ciudadanía y el impulso de una cultura política democrática que fuera desarrollada a la par de los procesos y las instituciones electorales, en aras de coadyuvar en el fortalecimiento de los principios y las reglas del juego que los constructores de la democracia electoral con peculiar vehemencia han buscado imponer. Ello, sin desconocer que, en términos de Bovero, la idea corriente de democracia sea vuelto aún más imprecisa y equívoca que antes (1995:12).

IV. Los Problemas de la Cultura Política Democrática en México y su Impacto en Los Procesos Electorales

La cultura política democrática ha sido objeto de discusión y estudio a través del tiempo. Ésta ha propiciado la fijación de diversas posturas que, desde la teoría y la práctica, pretenden identificar los factores que la condicionan y propician. Para Gabriel A. Almond la teoría de la cultura política se define, en esencia, a partir de los siguientes cuatro modalidades: 1. Consta del conjunto de orientaciones subjetivas sobre las confrontaciones de la política, entre una población nacional o en uno de sus subgrupos; 2. Tiene un componente cognitivo, afectivo y valorativo; 3. Su contenido es el resultado de la socialización, de la educación y de la exposición en los medios de comunicación que se verifican durante la infancia, así como de las experiencias efectuadas en la edad adulta respecto de los servicios del gobierno, de la sociedad y de la economía; 4. Influye sobre la estructura y sobre los servicios políticos y gubernamentales, le vincula pero seguramente no le determina (1992).

En esencia la cultura política democrática es una de las asignaturas pendientes en la aspiración de la construcción de ciudadanía, entendida esta última en términos de Landau, como *la forma en que nos relacionamos en tanto Estado y Sociedad*. Desde la perspectiva liberal es *permitir el desarrollo de derechos políticos y civiles* (6-8). Mientras que en la perspectiva social es *posibilitar que todos los ciudadanos cuenten no sólo con los derechos a participar políticamente o expresar sus*

opiniones libremente, sino a vivir dignamente dentro de los parámetros establecidos por cada sociedad (Landau:10).

Ahora bien, para Jacqueline Peschard:

La cultura política de una nación es la distribución particular de patrones de orientación psicológica hacia un conjunto específico de objetos sociales –los propiamente políticos– entre los miembros de dicha nación. Es el sistema político internalizado en creencias, concepciones, sentimientos y evaluaciones por una población, o por la mayoría de ella (2016:12-22).

Esto es, hablar de cultura política es referirse al:

Conjunto de concepciones, juicios, valores y actitudes que una sociedad tiene en relación con el poder político (la autoridad, las instituciones públicas, y en términos más generales el Estado) y también respecto a las distintas formas en que los mecanismos de obediencia a las leyes y autoridades se aplican (Tribunal, 2011:10).

De conformidad con el estudio de Gabriel Almond y Sidney Verba, en la cultura política participativa, los individuos: tienen conciencia del sistema político nacional; están interesados en la forma cómo opera; tienen capacidad para influir en las decisiones y políticas públicas y vigilan su aplicación (Tribunal, 2011:11).

Para Habermas:

Conforme a la concepción republicana la formación de la opinión y voluntad políticas de los ciudadanos constituye el medio a través del que se constituye la sociedad como un todo políticamente estructurado. La sociedad es de por sí sociedad política, *societas civilis* (...) Así, la democracia viene a significar autoorganización política de la sociedad en su conjunto (2010, 373).

Incluso cuando se habla de cultura democrática ésta no se limita a los fenómenos de participación política en el espacio público sino que alcanza otros ámbitos como el educativo, a manera de guisa, el Consejo de Europa, cuando se habla de cultura democrática en las escuelas, aborda un modelo de competencias para una cultura democrática en el que éste representa un modelo conceptual de competencias – con recursos individuales y psicológicos- que permiten la participación adecuada y efectiva en una cultura democrática. Dicho modelo basados en conceptos de identidad, cultura, interculturalidad y diálogo intercultural (2008:26).

De lo expresado con antelación, se colige que la cultura política democrática representa la *conditio sine quanon* para lograr una mayor incidencia ciudadana en las decisiones públicas. Puesto que la participación de la ciudadanía en el ámbito público no se limita al ejercicio del sufragio activo o pasivo en lo individual para la renovación periódica del poder o en el acceso a los cargos de representación popular o de aquellos relativos al servicio público, sino que implica la interacción permanente en su conjunto con los constituyentes del poder político y quienes prestan el servicio público.

De hecho, la cultura política democrática encuentra sustento en el diseño normativo mexicano a partir de la concepción de una serie de derechos de rango constitucional que, de forma sistemática, pretenden el involucramiento de las personas en los asuntos públicos del país, partiendo del reconocimiento que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos hace respecto de la fundamental importancia de dicha participación ciudadana y de la previsión de un diseño normativo e institucional que la soporta, pretendiendo ser, en términos de Lasalle, una *hoja viva* (2009).

Al caso, el numeral 2 reconoce: la conservación de las instituciones políticas de los pueblos indígenas a partir de la consideración de la Nación con una composición pluricultural; su autonomía para decidir su organización social, económica, cultural y política además de elegir sus autoridades o representantes de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales; la igualdad entre hombres y mujeres para votar y ser votados así como acceder y desempeñar cargos públicos; la elección de representantes en los ayuntamientos correspondientes a los municipios con población indígena; la consulta a los pueblos indígenas en la elaboración de los planes nacional, estatales y municipales de desarrollo (Constitución, 2022).

Además, el artículo 3 prevé que la educación tendrá como orientación un criterio democrático, precisando que la democracia es un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo (Constitución, 2022). Por su parte, en el arábigo 4 estipula: la igualdad de hombres y mujeres ante la ley; la promoción del desarrollo integral de los jóvenes, propiciando su inclusión en el ámbito político, así como la protección del interés superior del menor y su desarrollo integral (Constitución, 2022).

Aunado a lo anterior, el arábigo 5 preserva la garantía de los derechos al proscribir los contratos de trabajo que pretendan el menoscabo de los derechos civiles y políticos. También, el diverso 6 constitucional protege: la libre manifestación de las ideas; el acceso a la información y a las tecnologías de la información y comunicación. Igualmente, el artículo 7 tutela la libertad para difundir opiniones, ideas e información, así como la prohibición de la previa censura. De igual manera, el arábigo 8 protege el derecho de petición para las personas y la obligación de los funcionarios y empleados públicos para dar respuesta (Constitución, 2022).

De igual manera, el numeral 9 garantiza el derecho de asociación con fines lícitos y, en el caso de la ciudadanía mexicana, el de intervenir en los asuntos políticos del país. Además, el arábigo 24 reconoce la libertad religiosa, así como la prohibición de actos públicos de expresión de dicha libertad con fines políticos (Constitución, 2022).

Asimismo, el artículo 35 reconoce el derecho de: votar; ser votado; asociarse con fines políticos; petición; ocupar empleo o comisión en servicio público, entre otras. Por su parte, el diverso 36 establece como obligaciones votar en las elecciones y desempeñar cargos de elección, así como concejiles municipales y aquellos con funciones electorales (Constitución, 2022).

Aunado a lo expresado con antelación, el arábigo 39 reconoce que la soberanía nacional reside en el pueblo y que todo poder público dimana de éste. El artículo 40 describe la forma de gobierno como una república representativa, democrática, laica y federal mientras que el arábigo 41 prescribe que la renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo será mediante elecciones libres, auténticas y periódicas (Constitución, 2022).

Adicionalmente, el referido numeral constitucional reconoce a los partidos políticos como entidades de interés público, cuya finalidad es la de promover la participación del pueblo en la vida democrática, fomentar el principio de paridad de género y hacer posible el acceso al ejercicio del poder público. Además, precisa la prohibición de la afiliación corporativa y la intervención de organizaciones gremiales en la creación de partidos políticos (Constitución, 2022).

Además, el arábigo en cita prohíbe la contratación de tiempos en radio y televisión por parte de partidos políticos y candidatos, o de éstos a través de terceras personas, así como hace énfasis en el impedimento para que lo hagan personas físicas o morales con la finalidad de influir en las preferencias electorales o en contra de partidos políticos o de candidatos. Igualmente, prohíbe que la propaganda política o electoral calumnie a las personas (Constitución, 2022).

De igual manera, prevé la existencia de un órgano de carácter administrativo encargado de organizar las elecciones y de un sistema de medios de impugnación para controvertir las decisiones de dicho órgano, así como las del diverso jurisdiccional, previsto en el arábigo 99, especializado y máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral, con excepción de la hipótesis normativa prevista en la fracción II del artículo 105 constitucional, ambos se regidos por los principios de certeza, imparcialidad, independencia, legalidad, máxima publicidad y objetividad de conformidad con lo dispuesto en el numeral 116, fracción IV del texto constitucional vigente (Constitución, 2022).

Asimismo, el artículo 130 reconoce el derecho de los ministros de culto a votar en las elecciones. Sin embargo, precisa la prohibición de desempeñar cargos públicos, asociarse con fines políticos y realizar proselitismo a favor o en contra de partido político, candidato o asociación política mientras que el diverso 134 con relación a la propaganda gubernamental,

prohíbe el uso de nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de los servidores públicos (Constitución, 2022).

En esa tesitura, de las disposiciones constitucionales en comento se desprende la intención del legislador de dotar al Estado Mexicano de un diseño normativo constitucional que prevé una serie de instituciones tendientes al fortalecimiento de la democracia, con énfasis en su dimensión electoral. Ello, a partir del establecimiento de reglas y principios que deberán regir la actividad política de la ciudadanía y de los constituyentes del poder público, dándose por sentada la formación en cultura política democrática.

Ahora bien, a pesar del diseño constitucional normativo en comento, la referida cultura, enfrenta diversos problemas que han dificultado la democratización del espacio público, entre los que se encuentran de manera enunciativa más no limitativa:

a) *Las brechas de desigualdad económica*

Las personas tienen diversas prioridades entre las que no se encuentra la democracia electoral. Antes de ésta, tiene primacía la satisfacción de necesidades básicas que permitan la subsistencia ante el incremento constante de los productos alimenticios, el bajo poder adquisitivo del salario y los altos índices de la inflación.

De hecho, las circunstancias en comento se convierten en caldo de cultivo para las prácticas clientelares de los partidos políticos, de personas con actividad empresarial con aspiraciones político-electorales y de quienes aspiran a los diversos cargos de elección popular.

b) *El acceso inequitativo a la educación escolarizada*

La garantía del derecho a la educación más allá de su previsión normativa constitucional y legal, sigue condicionada a las posibilidades del Estado para su cumplimiento además el espacio territorial en el que habitan las personas y aquél en donde se ubican los centros escolares, continúan siendo factores decisivos para el acceso a los espacios educativos que el Estado proporciona.

Además, quien aspira a acudir a un espacio educativo, no sólo debe preocuparse por las cuotas de inscripción y materiales académicos, sino que debe ocuparse de otros factores quizá más relevantes como lo son obtener ingresos para cursar sus estudios y/o contribuir al ingreso familiar.

c) *La inseguridad y los desplazamientos*

Los graves problemas de inseguridad que experimenta de manera cotidiana el país ha provocado, entre otros efectos, la pérdida de la confianza en las instituciones gubernamentales y el desplazamiento de personas cuyas posibilidades de retorno a sus hogares aún son difíciles de estimar.

Asimismo, la falta de garantías para la preservación del orden público y la ausencia de mecanismos institucionales para la paz, la justicia transicional y el enfoque diferencial, soslayan la participación activa en el espacio público.

d) *El desinterés en la participación electoral*

Los crecientes niveles de abstencionismo electoral son el resultado, entre otros, de la falta de cumplimiento de los compromisos de campaña y de la incapacidad de los servidores públicos para atender las necesidades de la ciudadanía. Por lo que, las personas que no acuden a votar no le encuentran sentido a su participación electoral cuando más allá de

partidos y colores, la democracia no genera los resultados esperados ni menos aún aquellos prometidos.

De conformidad con IDEA Internacional, *la participación política y electoral se asocia con el grado de integración en la sociedad: cuánto más fuerte es, más probabilidades de participar en asuntos públicos y políticos, y de asistir a votar; a la inversa, los menores vínculos con la sociedad las menguan* (Romero, 2020:27).

e) *La ineficiencia e ineficacia de la gestión gubernamental*

La incapacidad de los constituyentes del poder político para dar respuesta a las demandas ciudadanas además de la falta de mecanismos institucionales eficaces para proporcionar los servicios que contribuyan al desarrollo de los indicadores de bienestar, generan ingobernabilidad, minan la confianza de la ciudadanía en las instituciones públicas y socavan el interés de la ciudadanía en la *vita publica*.

Además, ahondan los cuestionamientos respecto de la eficacia de la democracia como forma de gobierno, dejando el escenario propicio para la aparición de nuevos actores políticos que pregonan tener todas las soluciones posibles a todos los problemas existentes, generando con ello, espejismo político con implicaciones e impactos electorales en el corto, mediano y largo plazo.

f) *La falta de tutela de los derechos*

La violencia, la corrupción y la impunidad, representan signos inequívocos de la falta de tutela de los derechos puesto que más allá de la previsión normativa constitucional y legal, la garantía de los derechos se encuentra estrechamente relacionada con la tutela de los mismos. Por lo que la ausencia de ésta, dificulta la posibilidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad.

Así las cosas, el poder público como garante de los derechos y del cumplimiento de las obligaciones que el Estado posee, no puede estar alejado del acontecer cotidiano que la realidad social dicta máxime que la tutela de los derechos es *conditio sine qua non* para el desarrollo democrático.

g) *La ausencia de gobernanza democrática*

El modelo de gestión gubernamental, en muchos de los aspectos, ha sido superado. Por lo que, no basta con que al ciudadano se le identifique como cliente o usuario del servicio público e incluso con la pretensión de mejora de la calidad del servicio prestado sino lograr su empoderamiento dotándole de la información necesaria para la exigencia de mecanismos de rendición de cuentas (Ledezma y Morán, 2020:296).

De hecho, el acceso a la información y la rendición de cuentas que se realice no sólo del recurso económico y financiero que impacta en el ámbito público sino del ejercicio del poder político, coadyuvará en el fortalecimiento de la gobernanza democrática y la construcción de ciudadanía.

De igual manera, un factor que no puede pasar desapercibido es el relativo a la etapa post COVID, según datos del *World Happiness Report 2021*, la pandemia que ha dejado más de 2 millones de muertes también ha propiciado grandes inseguridades económicas, ansiedad, disrupción de cada aspecto de la vida y, para muchas personas, stress y cambios en la salud mental (Helliwell, 2021:7) además de evidenciar las diferentes formas en que esta situación se enfrentó por los diversos países.

De ahí que, lo expresado en el párrafo que antecede, y el diseño de mecanismos eficaces para la concientización de los derechos y las obligaciones ciudadanas, resultan ser factores fundamentales para fortalecer la cultura política democrática máxime que, de conformidad con los datos de Latinobarómetro, en el caso de México el 48% de la ciudadanía es exigente de sus derechos mientras que el 32% es consciente de sus obligaciones (2021:77). Circunstancia que evidencia una gran área de oportunidad puesto que sin la consciencia de la importancia del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de las obligaciones, la consolidación de la democracia estará cada vez más alejada.

Ahora bien, los problemas de la cultura política presentan, de forma ineluctable, un severo impacto en los procesos electorales mismo que evidentemente va más allá de los bajos, moderados o altos niveles de participación electoral que pudieran registrarse. En efecto, los referidos problemas, presentan impactos en aspectos como: el decremento de la desconfianza ciudadana en las instituciones administrativas y jurisdiccionales electorales; el bajo nivel del discurso político; la cuestionable calidad en las propuestas de campaña; la inconsistencia de la plataforma electoral con los documentos básicos de los partidos políticos y los perfiles de las candidaturas.

Del mismo modo, también se advierten los siguientes impactos: el incremento en el desinterés de la participación política y la ausencia democratización del espacio público. Por lo que, la cultura política democrática representa un factor importante a considerar en la construcción de ciudadanía, en el diseño institucional de la democracia electoral y en las reformas constitucionales y legales relativas al ámbito educativo y al diverso electoral.

Lo expuesto con antelación permite advertir que el fortalecimiento de la cultura política democrática es una tarea que demanda la permanente participación e interacción de la ciudadanía y los constituyentes del poder público además del involucramiento de aquellas personas que, a pesar de no contar aún con la condición de ciudadanía en términos formales, su educación y formación representa *conditio sine quanon* para contar con una ciudadanía informada, interesada y proactiva respecto del espacio público. Puesto que en términos de Almond: madres y nodrizas, padres, tutores y gobernantes, todos tienen el deber de guiar y obligar a aquel animal incorregible dentro del sendero de la virtud cívica (1992).

V. Conclusiones

Considerar una crisis de la democracia y de la representación política, implica el reconocimiento de varios factores tanto objetivos como subjetivos que, a final de cuentas, llevan a un descontento político, una desaprobación a la gestión del gobierno y a una

desconfianza en las instituciones. Dicha crisis, por ende, es causa de inestabilidad política y obliga a la ciudadanía a incorporar nuevas formas de participación que den mayor certeza y legitimen la eficacia democrática.

Sin embargo, resulta en extremo difícil establecer cuál es mayor o menor desarrollo de la cultura política democrática: ¿es mayor en la medida de que la ciudadanía se involucra en procesos de participación política, o lo es, en la medida en que coadyuva a la mejor toma de decisiones, a partir de posturas informadas sobre temas que, incluso, pueden ser considerados perjudiciales para los intereses ciudadanos?

De ahí que, el diseño y operacionalización de las reglas y principios que rigen los procesos electorales, requieren el fortalecimiento de la cultura política democrática no sólo para facilitar la transmisión pacífica del poder o incrementar la participación de la ciudadanía en los procesos comiciales sino con la finalidad de coadyuvar en la eficiencia de los mecanismos de vigilancia para lograr la efectividad del sufragio y de aquellos que pretender controlar el ejercicio del poder político.

VI. Fuentes de Consulta

ALMOND A.G. (1992). “Cultura política” en Enciclopedia delle Scienze sociali. https://www.treccani.it/enciclopedia/cultura-politica_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/

BOVERO M. (1995). Los adjetivos de la democracia. México. Instituto Federal Electoral.

CONGRESO DE LA UNIÓN (2022). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>.

CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO (2021). Informe 2021. Santiago de Chile. <https://www.latinobarometro.org/lat.jsp>.

DAHL A.R. Democratic polities in advanced countries: success and challenge. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/hegeing/Dahl.pdf>.

DANE (2021). Encuesta de Cultura Política, Informe 2021. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/cultura/cultura-politica-encuesta>.

DE SOUSA SANTOS B.; (2020). La cruel pedagogía del virus. Madrid. Edit. Akal.

DÍAZ G.M.C. “Cultura democrática y percepciones de la desigualdad: México y Chile en perspectiva comparada” en Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Autónoma de México. Nueva Época. Año LXI. Núm. 27. Mayo-agosto 2016. <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rmcphys/article/view/49142/49074>.

Funded by the EUROPEAN UNION and the COUNCIL OF EUROPE (2018). How to achieve a democratic culture in schools? Belgrade. Council of Europe. <https://mpn.gov.rs/wp-content/uploads/2022/04/D-11-Examples-Fostering-a-Democratic-school-culture.pdf>.

- FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER STIFTUNG (2016). IDD-LAT 2016. Argentina. Edit. Polilat. <http://idd-lat.org/2016/downloads/idd-lat-2016.pdf>.
- FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER STIFTUNG (2021). IDD-MEX 2021. México. Edit. Polilat. <https://idd-mex.org/>.
- HABERMAS JURGEN (2012). *Facticidad y validez*. Sexta edición. Madrid. Trotta.
- HELLIWELL J.F. et al (2021). *World Happiness Report 2021*. <https://happiness-report.s3.amazonaws.com/2021/WHR+21.pdf>.
- IMCO (2019). Los países más y menos democráticos en 2019 vía The Economist. <https://imco.org.mx/los-paises-mas-y-menos-democraticos-en-2019-via-the-economist/>.
- LANDAU M. ¿Qué significa construir ciudadanía? Procesos históricos e ideales normativos.
- LASALLE F. (2009). ¿Qué es una Constitución? Gernika.
- LEDEZMA R.J.M. y MORÁN T.E.F. “El fortalecimiento de la calidad de la democracia en América Latina. Una propuesta a partir de la gobernanza democrática”. *Revista Eurolatinoamericana*. Santa Fe. Vol. 7. N.1. ene/jun 2020. <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Redoeda/article/view/9721/13557>.
- MORÁN T.E.F. (2017). *Descifrando la partidocracia mexicana*. México. Porrúa.
- PESCHARD J. (2016). *La cultura política democrática*. México. Instituto Federal Electoral. <https://portalanterior.ine.mx/archivos2/portal/historico/contenido/recursos/IFE-v2/DECEYEC/DECEYEC-CuadernosdeDivulgacion/docs/02.pdf>.
- ROMERO B.S. (2020). *Elecciones en América Latina*. Bolivia. Tribunal Supremo Electoral. Corporación Suiza en Bolivia. Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral. <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/elecciones-en-america-latina.pdf>
- STUART M.J; (2006). *Ensayos sobre la libertad*. Madrid. Editorial Mestas.
- THE ECONOMIST (2020). *Democracy index 2020*. https://pages.eiu.com/rs/753-RIQ-438/images/democracy-index-2020.pdf?mkt_tok=NzUzLVJJUS00MzgAAAGEdvMBcOBQldceVlnhf3Hd4JTalLAAq71oOzpnU6IsYDMdY9aRuINg1Z8hnnXrlw4BOZ_EP9PCOv2lMfkUfCgl84yQgolNeJF5dmMN7EGJNOLFFQ.
- TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN (2011). *Cultura democrática y cultura de justicia electoral*. México. Centro de Capacitación Judicial Electoral. https://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/manual_culturademo.pdf.
- JOERGES, C. “¿Qué tiene de social-demócrata la constitución económica europea?”, in: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º. 73, 2005, p. 9-53.
- MACHADO, M.R O estudo de caso na pesquisa em direito. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. Cap. 11. p. 357-389. Disponível em: <http://reedpesquisa.org/publicacoes/volume-2-no-1-2014/>. Acesso em: 24 abril. 2020.
- MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L. *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*, Ed. Bosch, 1ª edición, Barcelona, 1965.
- SAIZ MORENO, F. “Orden público económico y restricciones de la competencia”, in: *Revista de Administración Pública*, Sep 1, 1977, p. 597-643.

TREMPS, P.P. “Constitución Española y Unión Europea”, in: Revista Española de Derecho Constitucional, no. 71, 2004, pp. 103-121.

VEIGA, F.S.; GUTINIEKI, J.O.B. “Estruturalismo, Desenvolvimento e Legislação Comercial”, in: Revista Jurídica, vol. 2, n. 55, 2019, p. 157-176. E-ISSN: 2316-753X.

VENÂNCIO FILHO, A. A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil. Ed. Fac-simile. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998.

IVA Y Comercio Electrónico: Introducción al Proyecto Vat in Digital Age (ViDA)

Estefanía Harana Suano¹

Sumario: 1. El auge del comercio electrónico y la evolución del sistema del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). 2. El Proyecto *VAT in Digital Age*. 2.1. Visión General y Objetivos del Proyecto ViDA. 2.2. Conjunto de Medidas propuestas en ViDA. 3. Desafíos y Perspectivas Futuras del Proyecto ViDA. 4. Conclusiones.

Resumen: El auge del comercio electrónico ha suscitado notables desafíos en la recaudación de impuestos a nivel global. El Proyecto VAT in Digital Age (ViDA), promovido por la Unión Europea, persigue modernizar las regulaciones del IVA en la era digital. Esto implica mejorar las obligaciones de notificación del IVA, fomentar la facturación electrónica en operaciones transfronterizas y abordar los retos de la economía de plataformas para garantizar igualdad de trato y aclarar las normativas sobre la ubicación de prestación de servicios. Esta investigación examina las propuestas de ViDA respecto a la fiscalidad del comercio electrónico y su efecto en el IVA, por medio de un análisis en tres etapas: explorar el ascenso global del comercio electrónico, los obstáculos que afrontan los negocios digitales y las autoridades fiscales, y un estudio detallado de las medidas de ViDA y sus futuras insuficiencias. El propósito es demostrar que, mediante una correcta implementación, ViDA podría potenciar la eficiencia y equidad fiscales en el comercio electrónico, si bien resulta esencial la armonización fiscal internacional y la cooperación entre jurisdicciones para un entorno de comercio en línea equitativo y justo.

Palabras clave: Fiscalidad internacional; Negocios Digitales; Proyecto ViDA; E-commerce; IVA.

Abstract: The rise of e-commerce has presented significant challenges in tax collection on a global scale. The VAT in Digital Age (ViDA) Project, promoted by the European Union, aims to modernize VAT regulations in the digital era. This involves improving VAT notification obligations, promoting electronic invoicing in cross-border operations, and addressing the challenges of the platform economy to ensure equal treatment and clarify regulations on the location of service provision. This research examines ViDA's proposals regarding the taxation of e-commerce and its impact on VAT through a three-stage analysis: exploring the global rise of e-commerce, the obstacles faced by digital businesses and tax authorities, and a detailed study of ViDA's measures and their future shortcomings. The purpose is to demonstrate that, through proper implementation, ViDA could enhance fiscal efficiency and equity in e-commerce, although international tax harmonization and cooperation among jurisdictions are essential for a fair and just online trading environment.

Keywords: International Taxation; Digital Business; ViDA Project; E-commerce; VAT.

¹ Graduada en Derecho por la Universidad de Cádiz, con Máster Acceso a la Abogacía y Máster en Asesoría Fiscal, ambos por la Universidad de Cádiz. En posesión de Master in Business Administration (MBA) por la Escuela de Organización Industrial habiendo obtenido la mención de especial de proyecto ganador final de Master. Actualmente, estudiante de Doctorado en la Línea de Investigación de Derecho Tributario Internacional y de la Unión Europea en la Universidad de Cádiz centrando la investigación en Fiscalidad de Negocios Digitales. ORCID iD: 0000-0002-0304-5568. Email: estharsua@gmail.com

1. El Auge del Comercio Electrónico y la Evolución del Sistema del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA):

En las últimas décadas, el comercio electrónico ha experimentado una expansión sin precedentes, transformando radicalmente la dinámica del comercio global. Este fenómeno ha sido impulsado por los avances tecnológicos, la creciente adopción de Internet y la proliferación de dispositivos móviles, que han democratizado el acceso a los mercados y han permitido una mayor interconexión entre consumidores y empresas en todo el mundo. El comercio *online* ha trascendido las fronteras geográficas y ha brindado a las empresas la capacidad de llegar a audiencias internacionales sin la necesidad de una presencia física en cada país (CRUZ Y SÁNCHEZ ARCHIDONA, 2017). Plataformas digitales, *marketplaces* y redes sociales se han convertido en canales cruciales para la comercialización de productos y servicios, permitiendo a las pequeñas empresas competir en igualdad de condiciones con grandes corporaciones multinacionales.

La comodidad y conveniencia que ofrece el comercio en línea han sido factores determinantes en el cambio de preferencia de los consumidores hacia esta modalidad. La posibilidad de realizar compras en cualquier momento y lugar, junto con la capacidad de comparar precios y características de productos de múltiples vendedores, ha empoderado a los consumidores y ha redefinido sus expectativas en términos de experiencia de compra. Además, las restricciones impuestas durante la situación de pandemia derivada de la COVID-19 han llevado a una mayor dependencia del comercio en línea para adquirir bienes y servicios, provocando una clara tendencia al uso de transacciones digitales. La compra online llegó casi al 75% de los internautas durante el estado de alarma en España lo que provocó una proliferación de modelos de negocio online (INE, 2021).

En este sentido, según el informe publicado por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) cabe resaltar la evolución del comercio electrónico en España en el último año 2022 habiendo aumentado en el tercer trimestre un 28,88 % interanual hasta alcanzar los 18.933 millones de euros. Además, se ha observado un saldo neto exterior negativo en España en relación con las compras realizadas desde el extranjero a sitios web españoles y las compras realizadas desde España al extranjero, con un déficit de 7.407 millones de euros. Este desequilibrio se atribuye al notable aumento del en las compras realizadas desde España al extranjero durante el año 2022 (CNMC, 2023). No obstante, este despliegue del comercio electrónico no ha estado exento de desafíos fiscales (FAÚNDEZ UGALDE, VIDAL OLIVARES, OLGUÍN ROMERO Y MOLINA MARISIO, 2021). La naturaleza transfronteriza del modelo de negocio en cuestión ha desafiado los marcos impositivos

tradicionales y ha generado incertidumbre sobre cómo aplicar impuestos de manera justa y efectiva en el contexto de una economía digital globalizada. La falta de consenso internacional sobre regulaciones fiscales ha dado lugar a lagunas y discrepancias, lo que ha permitido prácticas elusivas y evasivas en muchos casos (CANALES LASO, 2019).

En aras de mitigar estos problemas, tanto la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) como la Unión Europea (UE) han lanzado diversos proyectos para alcanzar una tributación más justa en este tipo de entidades. Como medida pionera, debemos destacar el lanzamiento en el año 2013 del Plan de Acción BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), cuya acción 1 se haya enfocada en la creación de un programa para abordar los desafíos fiscales de la economía digital (CRUZ PADIAL, 2016). Este proyecto busca contrarrestar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios hacia jurisdicciones con menor tributación, prácticas que han generado preocupación por su impacto en la justicia fiscal y en la recaudación de impuestos (BÁEZ Y YARIV, 2019). Posteriormente, tras el estudio y la realización de numerosos análisis se planteó, en el ámbito de la Unión Europea, la necesidad de un cambio normativo en la configuración del IVA para adaptarlo a la nueva economía digital. Fruto de ello, surgió la Directiva 2017/2455 sobre obligaciones respecto del IVA, donde se establecen las reglas de tributación en las ventas de bienes y prestaciones de servicios online por consumidores comunitarios y que son enviados o prestados por empresarios desde otro Estado miembro o un país tercero, consolidando el principio de la tributación en destino (MATESANZ, 2021). Así, se pretenden reducir las cargas administrativas y los costes de gestión del IVA para quienes realicen ventas online y reducir el fraude en el IVA transfronterizo. A pesar de sus esfuerzos, esta Directiva no fue suficiente para resolver los problemas relacionados con el IVA en un entorno digital en constante evolución y transformación. Así, se hizo evidente la necesidad de una iniciativa más amplia y completa para abordar los desafíos fiscales del comercio electrónico en la Unión Europea. Es en este contexto surgió el Proyecto ViDA, con el objetivo principal de paliar las lagunas fiscales sobre la materia, establecer reglas claras para la tributación en el comercio electrónico y garantizar una recaudación justa y efectiva en materia de IVA.

2. El Proyecto *VAT in Digital Age*:

2.1. Visión General y Objetivos del Proyecto ViDA:

El proyecto ViDA, acrónimo de “VAT in Digital Age”, surge como respuesta a la necesidad de simplificar y armonizar los procedimientos fiscales relacionados con el IVA en el ámbito de la UE. Propuesto por la Comisión Europea, este proyecto tiene como objetivo

principal facilitar las operaciones intracomunitarias y reducir la carga administrativa para las empresas que operan en varios Estados miembros (LEDESMA, 2022). Esta iniciativa ha sido concebida con un conjunto ambicioso de objetivos que buscan abordar los desafíos fiscales inherentes a la era digital. El vertiginoso auge del comercio en línea ha generado una serie de cuestionamientos sobre la aplicabilidad y eficacia de los marcos impositivos tradicionales en un contexto transfronterizo y altamente digitalizado. La falta de presencia física de las empresas digitales en los países donde realizan sus operaciones ha permitido la proliferación de prácticas elusivas que impactan negativamente en la recaudación fiscal (RODRÍGUEZ LOSADA, 2019).

Entre los propósitos primordiales de este proyecto se encuentra la erradicación del fraude fiscal relacionado con el IVA en el comercio electrónico. Para ello, se busca mejorar las obligaciones de notificación del IVA y promover la adopción de la facturación electrónica en las operaciones intracomunitarias, con el objetivo de detectar rápidamente el fraude y asegurar una correcta declaración y pago del impuesto. Asimismo, el proyecto ViDA tiene como objetivo fundamental mejorar la eficiencia y transparencia en la recaudación del IVA en el comercio en línea. La introducción de la facturación electrónica y la notificación digital permitirá un seguimiento en tiempo real de las operaciones intracomunitarias, lo que facilitará la identificación temprana de irregularidades y la adopción oportuna de medidas correctivas (ÁLVAREZ ARROYO, 2023). A través de la simplificación de los procedimientos fiscales para las empresas, mediante la eliminación de las declaraciones recapitulativas, se busca reducir significativamente la carga administrativa asociada con el cumplimiento del IVA en el comercio electrónico (BERBARI, 2022). Se promulga como piedra angular en el proyecto garantizar la igualdad de trato entre los operadores tradicionales y los digitales desde la perspectiva del IVA. En aras de asegurar una tributación justa y evitar distorsiones fiscales, se propone la figura del “proveedor asimilado” para las plataformas digitales en la economía de plataformas (PORRAS, 2023). Esta medida busca asegurar que el IVA se aplique adecuadamente a las operaciones realizadas a través de dichas plataformas, generando un entorno más equitativo para los distintos actores involucrados en el comercio electrónico.

En el contexto de un mercado único europeo, se busca una armonización de las regulaciones fiscales en el ámbito del comercio electrónico. La implementación de un registro único a efectos del IVA tiene como propósito reducir la multiplicidad de registros en diferentes Estados miembros, lo que proporcionaría un marco normativo más homogéneo y coherente para las transacciones transfronterizas. La evitación de la fragmentación y las asimetrías normativas se erige como un elemento crucial para facilitar el cumplimiento fiscal

de las empresas y mejorar la colaboración entre las autoridades fiscales a nivel europeo (MAROSA, 2023).

Por último, uno de los resultados esperados de ViDA es el impulso a la competitividad y el crecimiento en el ámbito del comercio *online*. Al mejorar la eficiencia y equidad en el marco fiscal, se proyecta potenciar la competitividad de las empresas digitales y fomentar el crecimiento económico en la Unión Europea. La eliminación de barreras fiscales y la mejora en la transparencia del sistema tributario buscan incentivar la inversión y la innovación en el entorno digital, favoreciendo el desarrollo de nuevos negocios en línea.

Así, los objetivos delineados por ViDA reflejan la pertinencia y necesidad de adaptar la fiscalidad del comercio electrónico a las complejas realidades económicas y tecnológicas de la era digital. Representa un paso fundamental hacia una recaudación fiscal más eficiente y justa en el comercio electrónico, propiciando el crecimiento económico y brindando seguridad tanto a las empresas como a los consumidores en el entorno digital.

2.2. Conjunto de Medidas propuestas en ViDA:

Esta iniciativa, como hemos mencionado, se ha concebido como un conjunto de medidas destinadas a modernizar y actualizar el marco normativo del IVA en el contexto del crecimiento exponencial del comercio electrónico y la economía digital. Dichas medidas abordan los desafíos fiscales específicos que surgen en un entorno digital transfronterizo, buscando garantizar una tributación justa y adecuada en este nuevo paradigma comercial.

En primer lugar, uno de los elementos clave de ViDA es la implementación de la facturación electrónica y la notificación digital. Esta medida se presenta como un hito trascendental en la modernización de los procesos tributarios, otorgando a las autoridades fiscales una herramienta poderosa para mejorar la fiscalidad en la era digital. La adopción generalizada de la facturación electrónica implicará la transición de las tradicionales facturas en papel a un formato digital estandarizado. La factura electrónica se caracteriza por ser generada, transmitida y almacenada en formato electrónico, lo que facilita su automatización y trazabilidad en tiempo real. Ello revolucionará la manera en que las empresas llevan a cabo sus transacciones, permitiendo una comunicación fluida y segura con las autoridades fiscales (DE LA ROSA, BERMUNDO, VERDÚN Y HERNÁNDEZ, 2023).

La notificación digital, por otro lado, se concibe como un proceso instantáneo de comunicación entre los contribuyentes y las autoridades fiscales sobre las entregas intracomunitarias entre empresas. Esta innovación permitirá a las autoridades tener acceso inmediato a la información relevante sobre las transacciones, sin la necesidad de esperar a la

presentación de declaraciones recapitulativas periódicas. De este modo, se logrará una mayor eficiencia en la detección de prácticas fraudulentas, asegurando que el IVA sea declarado y pagado correctamente en tiempo real. Asimismo, la eliminación de las declaraciones recapitulativas (modelo 349) representa un paso significativo hacia la simplificación de los procedimientos fiscales para las empresas (MATESANZ, 2023c). Estas declaraciones, que actualmente requieren la presentación periódica de un resumen de las operaciones intracomunitarias, implican una carga administrativa adicional para las empresas, especialmente para aquellas con una presencia significativa en el comercio electrónico.

Asimismo, ViDA propone la creación de un suministro de información digital que recoja las operaciones intracomunitarias entre empresas (B2B). El núcleo de esta iniciativa consiste en la obligación para las entidades involucradas en operaciones intracomunitarias B2B de reportar la información relevante en plazo de dos días a partir de la emisión de la factura (NORDENN, 2022). Esta modalidad de presentación de datos en tiempo real representa un avance significativo en comparación con los sistemas tradicionales de declaración periódica, ya que proporcionará a las autoridades una visión instantánea de las transacciones comerciales. La creación de este suministro de información digital permitirá a los Estados miembros contar con un panorama actualizado de las operaciones intracomunitarias, lo que facilitará el análisis y la detección oportuna de posibles irregularidades o comportamientos fraudulentos en el comercio electrónico. La inmediatez de la información brindará a las autoridades la posibilidad de intervenir de forma pronta y precisa ante situaciones de riesgo, mejorando así la efectividad en el combate al fraude fiscal. Adicionalmente, este suministro de información digital proveerá una valiosa fuente de datos estadísticos y analíticos para las autoridades fiscales, derivado en una comprensión más profunda de las tendencias y patrones en el mercado digital. Esto, a su vez, contribuirá a la formulación de políticas fiscales más efectivas y adaptadas a las nuevas realidades económicas y tecnológicas del comercio electrónico. Para las empresas involucradas en operaciones intracomunitarias, la implementación de este sistema digital supondrá una reducción en las cargas administrativas y un mejor cumplimiento de sus obligaciones (EDICOM, 2022).

En relación con la economía de plataformas, ViDA busca abordar los desafíos fiscales específicos que plantea este nuevo modelo de negocios. Uno de los pilares fundamentales en esta materia es la introducción de la figura del “proveedor asimilado” para las plataformas digitales que actúan como intermediarios en la prestación de servicios (PORRAS, 2023). Esta novedosa propuesta tiene como objetivo garantizar la equidad fiscal y evitar distorsiones en la tributación, brindando un tratamiento impositivo adecuado para las

operaciones realizadas a través de estas. Es común en la economía de plataformas que el proveedor real de un servicio no esté directamente obligado a repercutir el IVA en sus transacciones, lo que puede conducir a una tributación inadecuada y, en última instancia, a una competencia desigual entre los prestadores de servicios tradicionales y los digitales. Al incorporar esta figura, las plataformas digitales asumirían la responsabilidad de recaudar y repercutir el IVA en nombre de los proveedores de servicios que operan en su plataforma, asegurando la correcta declaración del impuesto, evitando lagunas fiscales y garantizando la igualdad de condiciones para todos los actores del mercado (MATESANZ, 2023a).

Para garantizar una aplicación efectiva, ViDA establecerá requisitos específicos para el registro y control de las operaciones realizadas a través de estas plataformas. Se espera que las plataformas digitales cumplan con obligaciones adicionales en términos de reporte y transparencia fiscal, lo que permitirá a las autoridades fiscales supervisar y verificar adecuadamente las operaciones llevadas a cabo en este entorno. Además de promover la igualdad de trato desde el punto de vista fiscal, la figura del “proveedor asimilado” contribuirá a la armonización de las regulaciones fiscales en el ámbito del comercio electrónico, alineando las condiciones tributarias entre los operadores tradicionales y los digitales. Esta uniformidad normativa es esencial para evitar la fragmentación del mercado único y para fomentar la cooperación entre las autoridades fiscales de los Estados miembros.

Por otro lado, en aras de construir un marco tributario más completo y abarcador para el comercio electrónico, ViDA plantea una expansión significativa del Régimen OSS (Sistema de Ventanilla Única) para abarcar diversas operaciones adicionales, más allá de las entregas de bienes entre empresas y consumidores (NAVARRO, 2023). Esta ampliación tiene como objetivo no solo mejorar la eficiencia en la recaudación del IVA, sino facilitar el cumplimiento fiscal y promover la armonización de las regulaciones fiscales en el ámbito del comercio electrónico. En primer lugar, se propone incluir los suministros domésticos en el ámbito del Régimen OSS, lo cual permitirá que los proveedores de servicios puedan beneficiarse de un sistema simplificado de declaración y pago del IVA para operaciones realizadas dentro del mismo país, reduciendo la complejidad y la carga administrativa asociada con el cumplimiento de esta obligación fiscal (MATESANZ, 2023b). Además, ViDA busca incorporar las entregas con instalación y montaje dentro del Régimen OSS. Con esta medida, se facilitará la tributación de operaciones que involucran la entrega de bienes con servicios conexos, asegurando una adecuada declaración y pago del IVA en estas transacciones. Otra incorporación relevante al Régimen OSS son las entregas de bienes a bordo de buques, aeronaves o trenes. Al incluir estas operaciones en el sistema de ventanilla

única, se simplificará el cumplimiento de las obligaciones fiscales para las empresas que participan en el transporte internacional de bienes, fomentando así el comercio transfronterizo. El suministro de gas, electricidad, calefacción y refrigeración también será objeto de inclusión en el Régimen OSS. Esta ampliación busca garantizar una tributación efectiva en los servicios esenciales de energía y calefacción, al tiempo que promueve la eficiencia en la recaudación del IVA para estos sectores clave.

Por otro lado, en el caso de las entregas de bienes y prestaciones de servicios donde el proveedor no esté establecido en el país donde se adeuda el impuesto y el comprador esté registrado a efectos de IVA, ViDA establecerá la obligación de aplicar el mecanismo de inversión de sujeto pasivo (PÉREZ DE ALGAVA, 2020).. Esta medida busca evitar la elusión fiscal y garantizar que el IVA sea declarado y pagado correctamente en las transacciones intracomunitarias. Además, como parte de la expansión del Régimen OSS, se propone la creación de un nuevo régimen especial facultativo para las transferencias de bienes, mediante el cual la adquisición de dichos bienes estará exenta de IVA. Esta iniciativa pretende simplificar y agilizar la tributación en operaciones específicas, lo que beneficiará a las empresas y contribuirá a una mayor eficiencia en la recaudación del impuesto. En el contexto de la economía de plataformas, ViDA también ampliará las operaciones que consideran a las plataformas digitales como proveedores de bienes cuando actúan como intermediarios en las ventas. Esto asegurará una tributación adecuada en el ámbito de las transacciones realizadas a través de estas plataformas, promoviendo la transparencia fiscal y evitando distorsiones en el mercado. En consecuencia, las medidas propuestas en ViDA conforman un enfoque integral para abordar los desafíos fiscales del comercio electrónico en la era digital. Sin embargo, es imperativo considerar los desafíos y perspectivas futuras del proyecto para asegurar su efectiva implementación y relevancia en un mercado en constante evolución.

3. Desafíos y Perspectivas Futuras del Proyecto ViDA:

Aunque el Proyecto *VAT in Digital Age* representa un avance significativo en la fiscalidad del *ecommerce*, su implementación y desarrollo enfrentan una serie de desafíos y consideraciones que deben abordarse para garantizar su éxito, entre los que destacan:

a) Complejidad normativa:

El auge del comercio en línea ha llevado a la proliferación de transacciones transfronterizas, favoreciendo la presencia en múltiples jurisdicciones sin una presencia física tradicional por parte de las entidades de carácter digital. Esta falta de una presencia física

tradicional puede dificultar la determinación del país donde se debe declarar y pagar el IVA, lo que a su vez puede dar lugar a disputas y conflictos entre los Estados sobre cuestiones de fiscalidad indirecta (ARÁUJO Y VALADAO, 2021). Además, la diversidad de sistemas tributarios entre los Estados miembros de la UE añade otra capa de complejidad. Cada país tiene sus propias regulaciones fiscales, tipos impositivos y requisitos de declaración, dificultando así el cumplimiento para las empresas que operan en múltiples países de la UE. Esta falta de armonización fiscal puede generar confusión para los contribuyentes y aumentar la carga administrativa asociada.

Por otro lado, en la dinámica de la era digital la prestación de servicios en línea no está vinculada a una ubicación física específica, lo que dificulta la determinación del país donde aplicarse el IVA (OCDE, 2019). Esta ambigüedad puede dar lugar a la doble imposición o a la falta de tributación, afectando negativamente a la recaudación fiscal y la equidad en el sistema tributario comunitario e internacional. Para abordar estos desafíos, el Proyecto ViDA debe buscar una armonización de las regulaciones fiscales entre los Estados miembros y promover la cooperación internacional en materia de fiscalidad del comercio electrónico. La colaboración entre las autoridades fiscales de diferentes jurisdicciones es fundamental para desarrollar un marco normativo coherente que evite la doble imposición y promueva una tributación justa en el comercio en línea. Asimismo, es necesario establecer criterios claros y objetivos para la determinación del lugar de prestación de servicios en línea que consideren la naturaleza digital de las transacciones y garanticen que las empresas cumplan con sus obligaciones fiscales en el país correspondiente de manera transparente.

b) Tecnología y seguridad de datos:

La transición hacia la facturación electrónica y la notificación digital requiere una infraestructura tecnológica robusta y segura para garantizar la eficacia y la protección de la información fiscal. El comercio electrónico implica la transmisión y almacenamiento de grandes cantidades de datos sensibles, incluyendo información financiera y personal, aumentando el riesgo de violaciones de seguridad y fraudes (JIMÉNEZ VARGAS, 2021). Por lo tanto, es crucial la implementación de medidas de seguridad avanzadas, como la encriptación de datos, la autenticación de usuarios y el monitoreo constante de posibles amenazas cibernéticas. A su vez, es importante establecer regulaciones claras y sólidas en materia de protección de datos para garantizar la adecuada protección de la información confidencial de los contribuyentes (BLOCH Y DEMANGE, 2018). En suma, las entidades, sobre todo aquellas de pequeñas o medianas dimensiones, pueden enfrentar dificultades en la transición hacia

estas nuevas tecnologías debido a la falta de conocimiento y experiencia en su uso. En consecuencia, las autoridades fiscales deben ofrecer programas de capacitación y asistencia técnica para asistir a las empresas a adaptarse a estas nuevas prácticas y asegurarse de que comprendan plenamente los requisitos y beneficios de la facturación electrónica y la notificación digital. Igualmente, la interoperabilidad de los sistemas tecnológicos es otro aspecto crucial. Dado que el comercio electrónico implica transacciones entre diferentes países y plataformas, es necesario garantizar que los sistemas utilizados por las empresas y las autoridades fiscales sean compatibles y puedan comunicarse de manera efectiva. La falta de interoperabilidad podría generar obstáculos en el intercambio de información y la declaración impositiva, afectando a la eficiencia y eficacia del proyecto ViDA.

c) Adaptación de los contribuyentes fiscales:

Las medidas propuestas por el proyecto buscan impulsar para mejorar la eficiencia y la transparencia en la recaudación del IVA, sin embargo, el camino hacia estas nuevas prácticas puede requerir inversiones significativas en tecnología y capacitación para las empresas. La implementación de la facturación electrónica puede implicar la adquisición e implementación de software y sistemas de facturación electrónica adecuados, lo que podría generar importantes costes iniciales para las empresas, especialmente para aquellas que aún utilizan procesos manuales o sistemas más arcaicos. Además, la notificación digital requerirá que las empresas se familiaricen con los nuevos procedimientos y plataformas para comunicar la información fiscal a las autoridades. Para facilitar esta transición, las autoridades fiscales deberán ofrecer orientación y apoyo a las empresas en todo el proceso de adaptación. Esto podría incluir la provisión de materiales informativos, seminarios y asesoramiento personalizado para abordar las inquietudes y preguntas específicas de los contribuyentes. Del mismo modo, se podrían establecer incentivos fiscales para ayudar a las pequeñas empresas a cubrir los costes asociados con la implementación de la facturación electrónica y la notificación digital. Pero, sobre todo, se debería promover la colaboración entre las empresas y las autoridades fiscales para desarrollar soluciones conjuntas que faciliten la adaptación y garanticen el cumplimiento efectivo de las nuevas obligaciones fiscales.

d) Control y cumplimiento tributario:

La eficacia en el control y detección del cumplimiento de las obligaciones de notificación del IVA y la facturación electrónica será un factor determinante para garantizar la recaudación adecuada y combatir el fraude fiscal en este entorno digital. Para llevar a cabo

un control y cumplimiento efectivo, las autoridades fiscales deberán contar con sistemas de monitoreo y auditoría adecuados, que les permitan verificar de manera eficiente el cumplimiento de las empresas con las nuevas medidas establecidas en el Proyecto ViDA. Esto implica el uso de tecnologías avanzadas para cruzar datos, detectar posibles irregularidades y, en última instancia, garantizar la exactitud de las autoliquidaciones de IVA presentadas. Un aspecto crucial en el control y cumplimiento es establecer mecanismos para la verificación y validación de la información presentada por las empresas (CARBAJO, 2019). Esto puede incluir auditorías selectivas, enfocadas en aquellas empresas que presenten características de riesgo o discrepancias en sus declaraciones y, además, se podría promover el uso de herramientas de análisis de datos para identificar patrones de comportamiento sospechosos, lo que permitiría enfocar los esfuerzos de control en los casos más relevantes.

Es fundamental establecer sanciones y medidas disuasorias efectivas para aquellos casos en los que se detecte incumplimiento o fraude fiscal. Estas sanciones deben ser proporcionales y justas, y deben aplicarse de manera consistente para garantizar que las empresas cumplan con sus obligaciones fiscales de manera responsable y precisa. Asimismo, la colaboración entre las autoridades fiscales y otras instituciones puede fortalecer el control y cumplimiento del Proyecto ViDA. Compartir información y buenas prácticas entre las jurisdicciones puede ayudar a mejorar la eficiencia en la detección y prevención del fraude fiscal, especialmente en el ámbito transfronterizo. Asimismo, la educación y concienciación de las empresas sobre la importancia del cumplimiento de las obligaciones fiscales y las consecuencias de no hacerlo también desempeñan un papel crucial. En este aspecto, las autoridades fiscales juegan un papel fundamental, por lo que podrían llevar a cabo campañas de información para fomentar la comprensión y adhesión a las nuevas medidas fiscales adaptadas a la nueva realidad económica digital.

e) Adaptabilidad a futuros cambios:

La tecnología y las plataformas utilizadas en el *ecommerce* están en constante desarrollo y, por tanto, ViDA debe ser compatible con los avances tecnológicos emergentes. Esto implica la creación de un marco normativo que permita la integración de nuevas herramientas como la inteligencia artificial, el *blockchain* y otras tecnologías disruptivas que puedan surgir en el futuro. Por otro lado, a medida que evoluciona el comercio electrónico, pueden surgir nuevos métodos de transacción y venta, como el uso de criptomonedas como método de pago o nuevos modelos de economía colaborativa. Las medidas fiscales implantadas deben ser lo suficientemente flexible para adaptarse a estas nuevas formas de comercio y garantizar

que se cumplan con las obligaciones fiscales. Según crece el comercio electrónico a nivel internacional, pueden surgir conflictos y discrepancias en las regulaciones fiscales entre diferentes países y jurisdicciones. Las medidas implantadas deben estar preparadas para enfrentar estos desafíos y buscar soluciones colaborativas que permitan una coordinación efectiva entre las autoridades fiscales de diferentes países. Para asegurar la adaptabilidad de ViDA a futuros cambios, es esencial que el proyecto sea revisado y actualizado periódicamente, lo cual implica llevar a cabo evaluaciones y análisis regulares para identificar posibles áreas de mejora y realizar ajustes necesarios en las regulaciones fiscales para mantener la relevancia y efectividad de ViDA (COMISIÓN EUROPEA, 2022).

f) Cooperación internacional:

Dado que las transacciones en línea pueden involucrar a múltiples países y jurisdicciones, la cooperación entre las diversas autoridades tributarias se vuelve fundamental para abordar los desafíos fiscales y garantizar una recaudación adecuada del IVA en el comercio electrónico a nivel mundial. Sin una colaboración efectiva, una misma transacción podría llegar a ser gravada por varios países, generando una carga administrativa excesiva y una posible doble imposición para los contribuyentes. Mediante la colaboración mutua, las autoridades fiscales pueden establecer acuerdos y protocolos para determinar la jurisdicción y los criterios de tributación aplicables a cada transacción, evitando así conflictos y promoviendo una mayor certidumbre fiscal para los operadores del comercio electrónico.

Dado que las transacciones en línea pueden ser difíciles de rastrear y controlar, especialmente cuando involucran a empresas y consumidores de diferentes países, la colaboración entre las autoridades fiscales puede facilitar el intercambio de información y datos relevantes para identificar y abordar posibles casos de evasión y fraude fiscal en el comercio electrónico. En añadidura, la cooperación también puede permitir la implementación de mecanismos de información en tiempo real sobre las operaciones transfronterizas, mejorando la capacidad de las autoridades para monitorear y controlar las transacciones en línea. Por ende, si bien cada país tiene su propio sistema tributario y políticas fiscales, la colaboración entre las jurisdicciones puede permitir la búsqueda de soluciones comunes y la adopción de estándares internacionales en materia de IVA para el comercio electrónico. La armonización fiscal facilitaría la comprensión y el cumplimiento de las obligaciones fiscales para las empresas y los contribuyentes, reduciendo la complejidad administrativa y promoviendo una mayor transparencia en el comercio en línea.

Para fomentar la cooperación internacional en el ámbito del comercio electrónico, es esencial establecer canales de comunicación efectivos y mecanismos de intercambio de información entre las autoridades fiscales de diferentes países. Esto podría lograrse mediante la creación de acuerdos bilaterales o multilaterales que faciliten la colaboración y el intercambio de mejores prácticas en materia de fiscalidad del comercio electrónico. Para ello, es importante fomentar la participación de organizaciones internacionales, como la OCDE, y promover la cooperación y la armonización fiscal a nivel global.

En virtud de lo anterior, el Proyecto ViDA enfrenta diversos desafíos y consideraciones que deben abordarse para asegurar su éxito en el futuro. Si se consigue superar estos desafíos de manera efectiva, ViDA puede sentar las bases para una recaudación fiscal más eficiente y justa en el comercio electrónico, impulsando el crecimiento económico y brindando seguridad tanto a las empresas como a los consumidores en el entorno digital.

4. Conclusiones:

El auge del comercio electrónico ha generado una nueva dinámica en las transacciones comerciales, impulsando la necesidad de modernizar y actualizar las regulaciones fiscales. En este contexto, ViDA se posiciona como una solución integral que busca mejorar las obligaciones de notificación del IVA, promover la facturación electrónica y abordar los desafíos específicos de la economía de plataformas. Asimismo, busca simplificar los procedimientos y reducir la carga administrativa para las empresas, optimizando la eficiencia en la recaudación del impuesto.

A través del análisis profundo del paquete de medidas propuestas en ViDA, hemos identificado la relevancia y alcance de cada iniciativa en el contexto del comercio electrónico. La implementación de la facturación electrónica y el requisito de notificación digital para operaciones intracomunitarias entre empresas permitirán un seguimiento más preciso de las transacciones y una detección más ágil del fraude fiscal. La instauración de un registro único a efectos del IVA simplificará los procedimientos para las empresas que realizan ventas a distancia de bienes, reduciendo la burocracia asociada con las transacciones transfronterizas. Además, la introducción de la figura del “proveedor asimilado” para las plataformas digitales en el alquiler de alojamientos y transporte de viajeros garantizará la igualdad de condiciones en términos de IVA para todos los operadores.

No obstante, es imprescindible considerar las soluciones a futuro para afrontar los desafíos potenciales. La armonización fiscal internacional se erige como un pilar fundamental para evitar la fragmentación normativa y facilitar la cooperación entre distintos países en

temas de tributación digital. Además, la flexibilidad y adaptabilidad de ViDA a las tendencias emergentes en el comercio electrónico, tales como la inteligencia artificial o el internet de las cosas, garantizarán su relevancia y eficacia a lo largo del tiempo. Además, la promoción de incentivos para el cumplimiento voluntario de las obligaciones fiscales fomentará la adhesión de los contribuyentes y reducirá la evasión fiscal. La cooperación efectiva con las plataformas digitales es también un aspecto crucial, permitiendo una supervisión más efectiva y una colaboración mutuamente beneficiosa para asegurar el cumplimiento cabal de las regulaciones fiscales.

En síntesis, mediante una implementación efectiva y una visión proactiva hacia el futuro, ViDA tiene el potencial de sentar las bases para una fiscalidad más eficiente, justa y equitativa en la economía digital del siglo XXI. La promoción de un entorno colaborativo y orientado al cumplimiento será la clave para el éxito de ViDA y para asegurar que el comercio electrónico continúe prosperando en un mundo cada vez más interconectado. El éxito de ViDA se traducirá en un crecimiento económico sostenible y en la generación de confianza tanto para las empresas como para los consumidores en el complejo entorno digital actual.

Referencias Bibliográficas:

ÁLVAREZ ARROYO, R. (2023). El IVA en la era digital (Proyecto ViDA) y otras cuestiones de actualidad en dicho impuesto. [Archivo de vídeo]. Youtube. Recuperado de: <https://n9.cl/krrsa>

ARAÚJO, A. y VALADAO, M. (2021). Responsabilidade tributária das plataformas de marketplace no comércio exterior eletrônico. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Vol. 41. Núm. 1. P. 39. Recuperado de: <https://n9.cl/qysj2>

BÁEZ, A. y YARIV, B. (2019). Taxing the digital economy post BEPS...Seriously. University of Florida Levin College of Law Legal Studies Research Paper. Vol. 19. No. 16. Pp. 1-60. Disponible en: <https://bit.ly/34XthU3>

BERBARI, A. (2022). VAT. From the Middle Ages to the Digital Ages. Recuperado de: <https://n9.cl/ywcu0>

BLOCH, F. y DEMANGE, G. (2018). Taxation and privacy protection on Internet platforms. Journal of Public Economic Theory. Vol. 20. Núm. 1. Pp. 52-66. Recuperado de: <https://n9.cl/cboxc>

CANALES LASO, C. (2019). El comercio electrónico y el fraude fiscal. Cuadernos de Formación, colaboración 12, vol. 24.

CARBAJO, D. (2019). De la tributación de la economía digital a BEPS 2.0 ¿Una nueva etapa de la fiscalidad internacional? Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales. Núm. 12. Pp. 41-64.

CNMC (2023). Nota de prensa Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Recuperado de: <https://n9.cl/5fiks>

COMISIÓN EUROPEA (2022). El IVA en la era digital. Recuperado de: <https://n9.cl/gg8ob>

CRUZ, I. y Sánchez Archidona, G. (2017). Economía digital, establecimiento permanente y presencia digital significativa: Tras las conclusiones del informe del GEFED. Quincena Fiscal. Núm. 18. Pp. 59-88.

CRUZ PADIAL, I. (2016). La economía digital en BEPS: una síntesis. Nueva Fiscalidad. Núm. 2.

DE LA ROSA, R., BERMUNDO, S., VERDÚN, E. y HERNÁNDEZ, I. (2023). El futuro sistema español de facturación electrónica entre empresas y profesionales. El Gobierno somete a audiencia pública el proyecto de real decreto sobre sus características y requisitos técnicos y de información. Recuperado de: <https://n9.cl/an2s4t>

EDICOM (2022). ViDA: la Unión Europea impulsa la factura electrónica B2B. Recuperado de: <https://n9.cl/ts477>

FAÚNDEZ-UGALDE, A., Vidal Olivares, Á., Olguín Romero, A. y Molina Marisio, F. (2021). Tributación en la economía digital: Propuestas impulsadas por la OCDE y el impacto frente a los principios rectores de todo sistema tributario. Revista Chilena de Derecho y Tecnología. Vol. 10. Núm. 1. Pp. 9-28.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE) (2021). Población que usa Internet (en los últimos tres meses). Tipo de actividades realizadas por Internet. Recuperado de: <https://n9.cl/bqw5>

JIMÉNEZ VARGAS, P. J. (2021). Los cambios y desafíos que plantea la fiscalidad de la economía digital en el contexto internacional. Cuadernos de Derecho Transnacional. Vol. 13. Núm. 2. Pp. 289-328.

LEDESMA, J. (2022). White Book for Spanish Tax Reform: Tax Committee Reviews Taxation of Digital Economy and Emerging Activities. IBFD.

MAROSA (2023). VAT in the digital age. Recuperado de: <https://n9.cl/hjvp6>

MATESANZ, F. (2021). La fiscalidad indirecta del comercio electrónico. Ed. Aranzadi. Pamplona.

MATESANZ, F. (2023a). ViDA. Primera Parte. IVA y economía colaborativa. Recuperado de: <https://n9.cl/ehxhgz>

MATESANZ, F. (2023b). ViDA. Segunda Parte. Hacia un único registro de IVA comunitario. Recuperado de: <https://n9.cl/or7y1>

MATESANZ, F. (2023c). ViDA. Tercera Parte. Facturación electrónica y notificación digital de operaciones intracomunitarias. Recuperado de: <https://n9.cl/3qi0s>

NAVARRO, J. (2023). IVA en la era digital. Recuperado de: <https://n9.cl/dfuex>

NORDENN, A. (2022). El IVA en la era digital: Parte II – Declaración del IVA y facturación electrónica. Recuperado de: <https://n9.cl/kqr5s>

OCDE. (2019). Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note. OECD Publishing.

PÉREZ DE ALGAVA, M. (2020). Project: VAT in digital age. Recuperado de: <https://n9.cl/s4gre8>

PORRAS, I. (2023). El IVA en la era digital: plan de acción ViDA. Recuperado de: <https://n9.cl/mvvt8>

RODRÍGUEZ LOSADA, S. (2019). El difícil camino hacia una tributación internacional justa de la economía digital: el nuevo nexo basado en una presencia económica significativa y otras alternativas para afrontar los retos de la e-economy en la fiscalidad directa del siglo XXI. Documentos de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales, N°6.

Pueblos Indígenas y Tecnología Digital: Derechos, Límites y Desafíos

Felipe Marquette de Sousa¹.

Sumario: 1. Introducción; 2. Recordando los derechos básicos; 3. Mundo digital: aspectos de interés. 4. Límites y desafíos en la adopción de tecnología; 4.1. Infraestructura tecnológica; 4.2. Instrucción digital; 4.3 Adaptabilidad de las tecnologías; 5. Conclusiones.

Resumen: En el contexto en el que la humanidad es cada vez más dependiente de las tecnologías, existe un desajuste entre la revolución digital y el mundo indígena. La introducción de las tecnologías de la información en la vida de las poblaciones indígenas, si bien se traduce en una exitosa estrategia de desarrollo, también genera serios problemas. En ese contexto, este trabajo tiene como objetivo reflexionar sobre el panorama de los pueblos indígenas y las tecnologías digitales, con énfasis en la preservación de sus derechos, los límites impuestos y el enfrentamiento de los desafíos. A partir de una investigación bibliográfica y documental, el abordaje tendrá un carácter cualitativo y de configuración teórico-doctrinal. Se observó que varias comunidades indígenas, principalmente donde la tecnología está debidamente equipada, con infraestructura adecuada, con soporte técnico robusto y conectividad adecuada, disfrutan de las ventajas digitales que ofrece, contribuyendo no solo a la preservación y difusión de información de su patrimonio cultural, sino también para su desarrollo y autosostenibilidad. Sin embargo, existen otras poblaciones que no llegaron a esta etapa, viviendo una situación de precariedad o falta total de incorporación de instrumentos digitales. Se trata de comunidades que aún no han experimentado el gran potencial que tiene la tecnología para ayudarlas, ya sea por el aislamiento geográfico donde viven, o por la falta de atención de las autoridades públicas, cuyas poblaciones se encuentran en situación de marginación, sin el reconocimiento efectivo de sus derechos. Si bien los reclamos de adopción tecnológica se están registrando, aún deben superar barreras y enfrentar muchos desafíos, para que se hagan visibles a los ojos del mundo.

Palabras-Llave: Pueblos indígenas; tecnologías digitales; derechos; desafíos.

1 Introducción

Según la Organización de las Naciones Unidas², se estima que más de 476 millones de indígenas viven en 90 países de todo el mundo, se distribuyen en más de 5.000 grupos diferentes y hablan unas 7.000 lenguas diferentes. Esta población representa el 6,2% de la población mundial. Estas minorías indígenas están repartidas por todos los continentes, incluidos, por ejemplo, los nativos americanos, los aborígenes australianos, los pueblos Maori de Nueva Zelanda, los pueblos Sami del norte de Europa, los pueblos indígenas de África y

¹ Doutorando em Empresa, Direito Internacional e Processo- Universidade de Pisa – Itália. Mestre em Direito com área de concentração em Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos pela Universidade Salesiana de São Paulo - UNISAL . Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Paraíba – (UNIVAP). Advogado e Jurista Ítalo-brasileiro. e mail: marquette.jur@gmail.com

² United Nations. Addressing global challenges with indigenous knowledge. Informaciones disponibles en <https://www.un.org/en/fight-racism/vulnerable-group/indigenous-people> Acceso en 05 mayo 2023.

los pueblos tribales de Asia. El Grupo de Trabajo Internacional para Asuntos Indígenas³, en su publicación *The Indigenous World 2022*, con un análisis realizado en 59 países, muestra que Samoa y Groenlandia son los lugares con mayor proporción de pueblos indígenas, estando representados por el 96% y el 89% de su población total, respectivamente, aunque en números absolutos, China es el país con mayor población indígena, con más de 125 millones de personas⁴.

En los últimos años, los pueblos indígenas han ganado un mayor reconocimiento, especialmente, por medio de la adopción de instrumentos internacionales como: la Convención de los Pueblos Indígenas y Tribales, de la Organización Internacional del Trabajo, de 1989; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP) de 2007; la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016; y el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú⁵) de 2021, entre otros.

También, según la Organización de las Naciones Unidas⁶, los pueblos indígenas ocupan o utilizan el 25% de la superficie del globo y protegen el 80% de la biodiversidad que favorece al resto del mundo. La mayoría de las veces son tierras bajo propiedad consuetudinaria; sin embargo, muchos pueblos indígenas no tienen un reconocimiento formal de sus tierras, territorios o incluso recursos naturales. Por cierto, aunque se reconozcan los límites territoriales, su protección es escasa, lo que permite la posesión insegura, factor de conflicto y degradación ambiental, que amenaza su supervivencia cultural.

Para mejorar la seguridad en la tenencia de la tierra, fortalecer la gobernabilidad, promover inversiones públicas en la prestación de servicios de calidad de manera sostenible y adecuada a su cultura, es importante emprender acciones y programas que garanticen el más amplio nivel de desarrollo para esta población, pero que también preservar su cultura.

³ Informaciones disponibles en <https://iwgia.org/en/resources/indigenous-world>. IWGIA es una organización global de derechos humanos dedicada a promover, proteger y defender los derechos de los pueblos indígenas. Acceso en 05 mayo 2023.

⁴ BUCHHOLZ, K. Where the world is indigenous people live (09 agosto 2022). Disponible en <https://statista.com/chart/18981/countries-with-the-largest-share-of-indigenous-people/> Acceso en 05 mayo 2023.

⁵ El Acuerdo de Escazú, es un tratado ambiental. Se trata de un compromiso asumido por los países signatarios de América Latina y del Caribe, con la protección del planeta, reflejando sobre el vínculo entre derechos humanos y el desarrollo sustentable en la construcción de un futuro transformador. Texto completo en español del acuerdo está disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/S2200798_es.pdf Acceso en 06 mayo 2023.

⁶ United Nations. Addressing global challenges with indigenous knowledge. Disponible en <https://www.un.org/en/fight-racism/vulnerable-group/indigenous-people> Acceso en 05 mayo 2023.

En un mundo dominado por tecnologías cada vez más avanzadas, difundidas en todas las sociedades, la población indígena tampoco estaría inevitablemente fuera de alcance. Pero hay estudios que discuten la adopción o no de las tecnologías de la información y la comunicación por parte de los pueblos indígenas. Estas tecnologías son consideradas como aquellas que permiten el “manejo de la captura, procesamiento, almacenamiento y difusión de información que facilitan diversas formas de comunicación, utilizando computadoras, tecnología móvil e Internet”⁷. Muchos investigadores creen que el mundo digital puede constituir “puntos fuertes” de grupos minoritarios como los pueblos indígenas, pero también hay estudios que informan efectos adversos como la marginación, la falta de conocimientos informáticos, la falta de alfabetización lingüística y la falta de infraestructura digital, destacando incluso el temor, por parte de los propios pueblos indígenas, de que su uso pudiera introducir valores occidentales con la consecuente restricción a sus culturas tradicionales⁸.

En ese contexto, este trabajo tiene como objetivo reflexionar sobre el panorama de los pueblos indígenas y las tecnologías digitales, con énfasis en la preservación de sus derechos, los límites impuestos y el enfrentamiento de los desafíos. En este sentido, se considerarán las implicaciones legales, así como los impactos que la adopción de esta tecnología puede tener en la comunidad indígena. A partir de una investigación bibliográfica y documental, el abordaje tendrá un carácter cualitativo y de configuración teórico-doctrinal.

2. Recordando los Derechos Básicos

Para una mejor comprensión de la relación entre los pueblos indígenas y la tecnología, se torna necesario tejer comentarios sobre algunos derechos básicos ya reconocidos legalmente a nivel nacional e internacional.

El derecho a la tierra y la protección del medio ambiente es uno de los principales aspectos que merecen algún comentario. Primeramente, vale la pena mencionar que los conceptos del derecho a la tierra difieren en la cultura de la sociedad global y la sociedad indígena. Para la sociedad global, es un derecho relacionado con el dominio o propiedad, claramente una concepción espacial, donde predomina la comprensión de localidad, en el sentido territorial, la persistencia y continuación de los elementos culturales de la comunidad; para la sociedad indígena, la naturaleza, incluyendo la tierra y el medio ambiente, tiene una

⁷ DU, J.T, Research on indigenous people and the role of information and communications technology in development: a review of the literature. *Journal of the Australian Library and Information Association*, v. 66, n. 4, p. 344-363. Published online: 12 nov. 2017. disponible en <https://doi.org/10.1080/24750158.2017.1397857> Acceso en 05 mayo 2023.

⁸ DU, Jia Tina, Research on indigenous...

concepción basada en la cosmovisión, ya que es un espacio sagrado, que no pertenece a nadie en particular, sino que es la base para el desarrollo de su propia vida y experiencias ya sean individuales o colectivas⁹. Si bien muchos pueblos indígenas conservan su territorialidad y desarrollan sus actividades con normalidad, existen otros que se encuentran “al borde de la extinción por el desalojo de sus tierras”¹⁰, con desplazamientos forzados a situaciones de “resguardo” o “asentamiento” indígena, que debilitar la integridad de este grupo étnico¹¹. Stichel et al¹² informan que muchos miembros de la comunidad San, en Namibia, han abandonado sus estilos de vida tradicionales que, si bien se encuentran entre los pueblos más documentados, con un rico patrimonio cultural, hoy deambulan por las ciudades, sufren estigmatización y viven socialmente marginados. En el mismo sentido, los pueblos originarios de México también se ven amenazados por el fenómeno migratorio, llevándolos al abandono de sus lugares de origen, o por el avance de los planes de industrialización en sus territorios, o por la escasez de recursos para desarrollar sus propios proyectos¹³.

El derecho a la libre determinación es otro aspecto que merece consideración. El reconocimiento legal de la autogestión y autogobierno de sus tribus o comunidades otorga a los pueblos indígenas la capacidad de autonomía en los asuntos internos y locales. De esta forma, cualquier medida que tome la sociedad en general requiere de una consulta previa, siendo discutida con ella antes de su puesta en práctica, ya que afecta la vida de estas comunidades. Pero cabe señalar que, al mismo tiempo, también se reconoce el derecho de estas comunidades a participar plena y efectivamente en la vida política, económica y social de la sociedad en general, siendo, en la práctica, muchas veces excluidas o escasamente representadas en el proceso de toma de decisiones.

También es importante recordar que los pueblos indígenas tienen derecho a la protección de su identidad, así como de sus manifestaciones culturales, con la preservación de los valores, usos, tradiciones y costumbres. En cuanto a los factores tradicionales, existe preocupación por la tergiversación del patrimonio cultural de los pueblos indígenas a través

⁹ NASCIMENTO, S. Colonialidade do poder no direito e povos indígenas na América Latina: as faces da subordinação/dominação jurídica frente ao direito de retorno às terras ancestrais dos povos indígenas Kaiowá do Telohá Larajeira Nãnde'Rú no Brasil e Mapuche do Sof Temcuicui no Chile. Tese Doutorado, Universidade de Brasília. 2016. 514f.

¹⁰ United Nations. Adressing global challenges with indigenous...

¹¹ NASCIMENTO, S. Colonialidade do poder...

¹² STICHEL, B. et al. Namibian indigenous communities: reflecting on their own digital representations. Proceedings of the 9th International Conference on Communities & Technologies – Transforming Communities (C&T 2019), New York, USA, 9 pages.

¹³ MONT, Carmen Gómez. La (in) visibilidad de los pueblos originarios en la web. Anuario Unesco/Metodista Comunicação Regional, v.11, n. 11, p. 3-30. 2007. Disponible en <https://doi.org/10.15603/2176-0934/17mv11n11p.3-30> Acceso en 05 mayo 2023.

de informes digitalizados tendenciosos¹⁴. Stichel et al analizan que el enfoque cultural, debido a la “apariencia exótica”, puede contener errores en las representaciones, difundiendo estereotipos que se registran visualmente, con poca o ninguna importancia para el significado real de la apariencia, revelando inexactitudes e incompletudes culturales, generando un grave problema para las generaciones futuras. Es lo que sucede, dicen estos autores, con la comunidad san de Namibia, que sufre representaciones contrastantes, que van desde “heroicamente romantizadas hasta peyorativas y ridiculizadas”¹⁵, donde las futuras generaciones corren el riesgo de perder su propia identidad.

3. Mundo Digital: Aspectos de Interés

Cuando se habla del mundo digital, algunos indicadores y conceptos son importantes. Inicialmente, lo digital incluye una infinidad de tecnologías de la información que no se pueden medir bajo el mismo parámetro. La sociedad de la información constituye un sistema que se organiza sobre la base del uso generalizado de tecnologías de la información, el almacenamiento y la transmisión de datos de bajo costo, cuyo objetivo es proporcionar una mayor igualdad social, permitiendo la difusión y pluralidad de explotación de dicha información¹⁶. Sin embargo, la exploración y la tecnología prometidas terminaron en manos de la industria de consumo. Así, existe un error de observación al considerar las tecnologías de la información y la comunicación como un “motor de desarrollo”, ya que dejan en un segundo plano las necesidades y perspectivas humanas, privilegiando la competencia del mercado como principal estructura tecnológica¹⁷.

También se advierte que la digitalización se da en los grandes centros urbanizados, acentuando la precariedad de las comunidades periféricas. Esto se debe a que el proceso de introducción e integración de las tecnologías de la información y la comunicación en las estructuras sociales se da dentro de una concepción capitalista, donde el factor económico determina su presencia o ausencia¹⁸. Y es que, normalmente, las comunidades indígenas tienen su base asentada en lugares más alejados de los centros urbanos, lo que dificulta enormemente su inclusión en los procesos de digitalización, que requieren inversiones en infraestructura como redes eléctricas, líneas telefónicas, antenas captadoras, entre otras,

¹⁴ STICHEL, B. et al. Namibian indigenous...

¹⁵ STICHEL, B. et al. Namibian indigenous...

¹⁶ MONT, C.G. La (in) visibilidad de los pueblos originarios en la web. Anuário Unesco/Metodista Comunicação Regional, v.11, n. 11, p. 3-30. 2007. Disponible en <https://doi.org/10.15603/2176-0934/17mv11n11p.3-30> Acceso em 05 maio 2023.

¹⁷ MONT, C.G. La (in)visibilidade .

¹⁸ GAMES, F.J.G. Freire em la era digital: opressión y liberación de pueblos indígenas mediante las TIC. Innovación Educativa, v. 17, n. 75, p. 9-27. Septiembre-diciembre, 2017.

cuyos proyectos, dados los recursos limitados, siempre son considerados insuficientes por las autoridades competentes para atenderlos adecuadamente. Por ello, existen estudios que sugieren que sería más urgente satisfacer las necesidades sociales que las tecnológicas¹⁹, dada la existencia de colectivos en los que la situación de vida es precaria.

Como observa Buchholz²⁰, los pueblos indígenas representan el 19% de la población que vive en situaciones consideradas de extrema pobreza, ya sea por falta de asistencia de los Estados o por el fenómeno del “desalojo” de sus tierras con reubicación en otras zonas, o incluso por los impactos del sistema de calentamiento global; todos los factores que restringen la movilidad y afectan sus medios de vida.

En algunos lugares, es la iniciativa privada, asociaciones representativas o incluso organizaciones no gubernamentales las que han llevado las tecnologías de la información y la comunicación a los grupos indígenas. Además, Games²¹ también explica que las poblaciones indígenas se insertan en el fenómeno tecnológico como agentes de transformación y no como meros espectadores: por un lado, su producción es comunitaria, es decir, la estrategia de alfabetización digital de los indígenas es, en general, informal; por otro lado, quienes tienen cierto grado de dominio tecnológico se convierten en gestores de programas digitales, difundiendo lo que saben a otras personas, aunque su conocimiento tecnológico sea limitado. De esta manera, dice este autor, los programas tecnológicos pueden ser considerados estrategias de “opresión o liberación”, según la perspectiva para su desarrollo: puede generar “un ambiente de explotación laboral, con un efecto similar al colonialismo” o liberarlos para su autosuficiencia. Por lo tanto, es importante pensar que, a pesar de que son pocos los indígenas que están en condiciones de utilizarlos, no se puede negar el poder de estos instrumentos para afirmar los derechos de los pueblos indígenas.

4. Límites y Desafíos en la Adopción de la Tecnología

Para que las tecnologías representen realmente instrumentos poderosos en la afirmación de los derechos de los pueblos indígenas, aún quedan muchos problemas, obstáculos y límites por enfrentar y retos por superar. Entre los diversos problemas se pueden mencionar al menos tres principales: la falta de infraestructura tecnológica, la falta de instrucción digital y la falta de adaptabilidad de las tecnologías.

¹⁹ MARTINEZ, L.A. La dinámica comunitaria vista desde la migración en la sierra nahua de Zongolica, Veracruz: Análisis y perspectivas de estudio. Migraciones Internacionales, 5 (1) 7-37, 2010. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15114693001>

²⁰ United Nations. Addressing global challenges with indigenous knowledge. Disponible en <https://www.un.org/en/food-act/indigenous-knowledge/> Acceso em 05 maio 2023.

²¹ GAMES, F.J.Gusmán.F. em la era digital...

4.1. Infraestructura Tecnológica

En primer lugar, es necesario desarrollar infraestructuras básicas como electricidad, telecomunicaciones, redes viales, etc., articuladas con políticas de desarrollo económico.

Un análisis general permite afirmar que uno de los primeros procesos tecnológicos fue la implementación de la telefonía móvil y, según algunos estudios, en América Latina, en 2016, se estimó que el 51% de toda la población tenía acceso a internet móvil, incluyendo algunos indígenas, principalmente entre los que asistían a la escuela²².

Según Ramos²³, para que internet sea universalmente accesible, es fundamental una infraestructura sólida, para que haya una convergencia de plataformas tecnológicas. Así, por ejemplo, la instalación de tecnologías de banda ancha, fija o móvil permite el desarrollo de diferentes servicios, alta conectividad y diversas aplicaciones digitales, llegando incluso a zonas remotas y rurales aún no servidas por herramientas tecnológicas.

Como la inversión en este sector demanda altos costos, el proceso de planificación prioriza las áreas centrales en detrimento de las áreas rurales. El desajuste entre el plan y los costos de implementación es un factor que afecta a toda la comunidad indígena. Como explica Games²⁴ en la Comunidad de Zongolica, en México, la reclamación es que “no había más líneas telefónicas porque las ganancias proyectadas eran insuficientes para cubrir los costos de la ampliación de la infraestructura”. En otra comunidad, Athahuilco, municipio de Grandes Montañas, “no había red de telefonía celular, ni siquiera internet”.

En el mismo sentido, también en Australia, hay estudios que indican que algunos pueblos indígenas de la región central, al tener un acceso limitado a los servicios de telefonía convencional, estaban cambiando a teléfonos celulares, con servicios de prepago²⁵. Sin embargo, en regiones más remotas, usar teléfonos celulares o “navegar por la web sigue siendo un lujo, y hay regiones donde el servicio telefónico y hasta la electricidad no están disponibles”, imposibilitando el uso de estas tecnologías²⁶.

Se puede apreciar entonces que uno de los mayores problemas de la incorporación de infraestructura tecnológica para las poblaciones indígenas es el aislamiento geográfico de

²² JIMENES, M.M. O papel fundamental da infraestrutura de telecomunicações, p. 96. In: BELLI, Luca e CCAVALLI, Olga (orgs.) Governanças e regras da internet na América Latina. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2019.556p.

²³ RAMOS, B. As comunicações invisíveis: inclusão e desenvolvimento social por meio de telecomunicações/TIC, p. 81 In: BELLI, Luca e CCAVALLI, Olga (orgs.) Governanças e regras da internet na América Latina. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2019.

²⁴ GAMES, F.J.G. Freire en la era digital...

²⁵ DU, J.T., Research on indigenous...

²⁶ DU, J.T., Research on indigenous ...

estas comunidades, exigiendo altos costos para su implementación. Además, la ausencia de marcos legales que faciliten las oportunidades de financiamiento se convierte en una barrera cuando los solicitantes son indígenas que carecen de “títulos de propiedad” sobre sus tierras²⁷.

De esta forma, para que la tecnología se incorpore a la vida de los pueblos indígenas, se requiere de un esfuerzo conjunto entre todas las instancias involucradas o interesadas, tales como Estados, Gobierno, iniciativa privada, Organizaciones No Gubernamentales, Fundaciones, Instituciones de Asistencia, entre otras. en promover el desarrollo de infraestructura básica y soporte técnico para operaciones digitales.

4.2. Instrucción Digital

Los pueblos indígenas, al igual que otros grupos minoritarios, sufren exclusión digital, fenómeno que algunos autores prefieren denominar “brecha digital”, es decir, la distancia que separa a un determinado grupo de otro, que puede estar basada en diversidades culturales y factores sociales que los diferencian dentro de una sociedad²⁸.

Desde este punto de vista, dice Mont²⁹, la “brecha digital” puede asumir varios aspectos: por un lado, puede referirse tanto a la técnica de dominar las tecnologías, que siguen siendo propias de la sociedad estadounidense, como a la capacidad de aplicar datos e información en procesos productivos de forma optimizada; por otro lado, también puede referirse al contenido puesto a disposición en internet, cuyo dominio es, nuevamente, mayoritariamente de Estados Unidos, y cuyas páginas son visitadas por más del 83% de los internautas, así como también puede se refieren a la capacidad del ancho de la banda, que en los países en vías de desarrollo es siempre menor en comparación con los países desarrollados.

También es posible afirmar que la brecha digital deriva de la falta de conocimientos informáticos o incluso de la disponibilidad de servicios de Internet, considerando que tales servicios, en comunidades remotas, suelen ser limitados en comparación con las áreas urbanas³⁰, cuyas inversiones tienen en cuenta la distancia geográfica, las dificultades viales e incluso la densidad de poblacional³¹.

²⁷ HERNÁNDEZ, I; CALCAGNO, S. Os povos indígenas e a sociedade da informação na América Latina e o Caribe. Santiago de Chile: Cepal, 2003. Disponível em [https://repositorio.cepal.org/handle/11362/37773?](https://repositorio.cepal.org/handle/11362/37773?Aceso em 05 maio 2023)

²⁸ MONT, C.G... La (in)visibilidad de los pueblos...

²⁹ MONT, C.G. La (in)visibilidad de los pueblos ...

³⁰ DU, Jia Tina, Research on indigenous...

³¹ MONT, C.G. La (in)visibilidad de los pueblos ...

Con respecto a la alfabetización informática, varios factores están presentes. Uno de ellos es la edad, es decir, las personas mayores de 30 años suelen tener un conocimiento limitado en el uso de computadoras³². Son indígenas que no tuvieron la oportunidad de adquirir instrucción digital, o ni siquiera tuvieron contacto con las herramientas tecnológicas cuando eran más jóvenes. En general, las tecnologías requieren de conocimientos técnicos específicos para saber operarlas, exigen ciertas habilidades en su manipulación, por lo que no basta la simple presencia de instrumentos digitales o de una infraestructura tecnológica, sino también una adecuada alfabetización digital de los interesados³³. Otro hecho también relacionado con la baja adopción de tecnologías es el económico. Aunque inicialmente se pensó como una red digital con acceso a todas las personas a bajo costo, de hecho, la difusión de la tecnología es desigual y elitista³⁴. El alto costo de las herramientas es un tema vital para los pueblos indígenas de escasos recursos, donde muchas veces, si tienen que elegir entre satisfacer una necesidad de sobrevivencia o adquirir un dispositivo digital para conectarse a internet, terminan optando por lo primero³⁵.

4.3. Adaptabilidad de las Tecnologías

Desde el crecimiento de los movimientos de los pueblos indígenas por el reconocimiento de sus derechos, los reclamos han estado guiados por la necesidad de crear una imagen de estos mismos pueblos ante el mundo, cuestionando y desaprobando los estereotipos de los que hasta ahora han sido víctimas³⁶. En este sentido, la adopción de las tecnologías de la información y la comunicación se convierte en un importante aliado. La tecnología tiene el potencial de aumentar la capacidad de estos pueblos para transformar la naturaleza y su propia cultura, dando visibilidad a la representatividad de su modo de vida en el contexto nacional e internacional³⁷.

Según Stichel et al³⁸, los estudios socioculturales permiten observar la cultura desde diferentes ángulos: multicultural, situación en la que coexisten diferentes culturas o una pluralidad de culturas, pero implicando la preeminencia de una sobre las demás; intercultural, cuando hay interacción entre culturas, con choques y entrecruzamientos, estableciendo puentes de diálogo y mestizaje, dando como resultado rasgos culturales diversos de la cultura

³² DU, J.T., Research on indigenous...

³³ MONT, C.G... La (in)visibilidad de los pueblos ...

³⁴ GAMES, F.J.G. Freire em la...

³⁵ DU, J.T., Research on indigenous...

³⁶ MONT, C.G... La (in) visibilidad de los pueblos ...

³⁷ MONSALVE, J.L.P. Organizações regionais indígenas, cidadania e tecnologias de (des) informação e (in) comunicação na Pan-Amazônica. Belém-PA: Universidade Federal do Pará, 2017, p.221

³⁸ STICHEL, B. et al. Namibian indigenous communities: reflecting...

originaria; y transcultural, cuando hay respeto por las diferencias culturales, donde se establecen interacciones con reconocimiento e intercambio de ideas, sin por ello perder la especificidad de cada cultura. Desde estos puntos de vista, la mayoría de los autores, al referirse a la diversidad cultural, prefieren utilizar la expresión transcultural, que tiene un concepto más consistente en la modernidad. Con base en estas concepciones, es de interés para la mayoría de los estudios sobre la adopción de tecnologías por parte de los pueblos indígenas difundir el enfoque, destacando la transición de la situación actual de multiculturalidad a la transculturalidad.

Sin embargo, Games³⁹ advierte que, desde una perspectiva crítica, las tecnologías de la información y la comunicación operan de forma ajena a la cosmovisión de los pueblos indígenas. Esto se debe a que, según el autor, las tecnologías son objetos culturales fabricados por industrias extranjeras sin tener en cuenta el aspecto específico de la cultura de estos pueblos, además de ser explotadas de forma mercantilista, en detrimento de las poblaciones más pobres.

Sin embargo, en muchas localidades, el trabajo de los investigadores se centró en ayudar a los pueblos indígenas a proteger su cultura y conocimientos, con la aplicación de tecnologías de la información y la comunicación⁴⁰. Algunos de estos trabajos, aunque restringidos a las comunidades australianas⁴¹, concluyen, por ejemplo: que la cultura indígena es bastante compleja y que “necesita enfoques éticos para capturar, analizar, interpretar y preservar”; que mucho conocimiento, siendo oral, se está perdiendo con la muerte inminente de las generaciones mayores; que el patrimonio cultural es bastante rico, principalmente elementos como el arte, la música y otras formas de comunicación, para los cuales internet puede ser una excelente herramienta de promoción. De esta forma, las tecnologías de la información están encaminadas a que todos los elementos culturales no solo se conserven digitalmente, sino que también se amplíen y difundan, incluso se vendan artesanías en plataformas digitales, por ejemplo, promoviendo nuevas oportunidades de desarrollo para los pueblos indígenas.

Monsalve⁴², investigando a los pueblos indígenas en la región amazónica, concluye que los flujos de información y comunicación entre y fuera de las organizaciones indígenas no han fortalecido de la misma manera el desempeño informativo. Esto significa que no todas las comunidades indígenas pueden producir, mantener, almacenar, procesar y publicar

³⁹ GAMES, F.J.G. Freire em la era digital...

⁴⁰ DU, J.T., Research on indigenous...

⁴¹ DU, J.T., Research on indigenous...

⁴² MONSALVE, J.L.P. Organizações regionais indígenas. p. 222.

materiales de información. Según este autor, uno de los mayores obstáculos es que “el aparato estatal y la prensa mayoritaria continúan ejerciendo prácticas excluyentes de los pueblos indígenas, a pesar de la promoción de la diversidad en varios países amazónicos” y, en esa medida, las prácticas informativas sustentan estas desigualdades. Sin embargo, paulatinamente, los espacios académicos, políticos, sociales y culturales se han movilizad en una lucha conjunta, equitativa y participativa, para que los saberes y la información de los pueblos indígenas sean valorados, ganando visibilidad en la red, a pesar de enfrentar los peligros que trae la tecnología a sus culturas.

Según Stichel et al⁴³, la integración de la tecnología moderna en las sociedades indígenas requiere no solo empoderar a las comunidades para salvaguardar sus creencias y tradiciones culturales. Es necesario que la tecnología utilizada cuente con la aprobación de la comunidad, es decir, que el diseño de la tecnología sea discutido con la comunidad, permitiendo a sus miembros hacer correcciones, reestructurar los datos y modificar las inconsistencias en la representación, a fin de reflejar la autenticidad cultural. Esto hace que las propias comunidades comiencen a reflexionar sobre sus propias culturas, evitando que ciertos hechos sean malinterpretados, revitalizando el orgullo y la dignidad de su patrimonio cultural.

Asimismo, Mont⁴⁴ agrega que los programas, aplicaciones y software deben ser personalizados, considerando la cosmovisión indígena. Sin duda, estas nuevas herramientas tienen un significado especial, ya que no solo transmiten información, sino que también establecen intercomunicaciones entre diferentes actores. Por ello, afirma este autor, una de las características más importantes, dentro de todo el proceso TIC-tecnológico de los pueblos indígenas, se basa en el principio de ser ellos mismos los constructores de contenidos, con capacidad de crear e innovar nuevas prácticas, ampliando horizontes más allá de sus fronteras en la reconstrucción de las relaciones humanas nacionales e internacionales⁴⁵.

5. Conclusiones

En el contexto en el que la humanidad depende cada vez más de las tecnologías, existe un desajuste entre la revolución digital y el mundo indígena. Aunque muchas encuestas alrededor del mundo indican el éxito de los pueblos indígenas con la adopción de tecnologías de información y comunicación, esta no es la realidad para otros grupos.

⁴³ STICHEL, B. et al. Namibian indigenous communities: reflecting...

⁴⁴ MONT, C.G.. La (in)visibilidad de los pueblos ...

⁴⁵ MONT, C.G. La (in)visibilidad de los pueblos ...

Si, por un lado, se reportan resultados positivos con la adopción de tecnología entre los pueblos indígenas, brindándoles desarrollo, haciéndolos visibles, con una efectiva preservación, valoración y difusión de sus culturas, facilitando el establecimiento de diferentes canales de comunicación a nivel nacional e internacionales, por otro lado, todavía hay muchos grupos que no han llegado a esta etapa.

Se pueden observar varios problemas, como la ausencia de infraestructura básica y digital, la falta de inversión adecuada, la existencia de una brecha digital y el aislamiento geográfico de las comunidades. Superar todos estos desafíos no depende solo de los pueblos indígenas, sino principalmente del sector público, que necesita adoptar acciones para incluir regiones de estas comunidades al alcance de las tecnologías, brindando acceso a estrategias de conectividad digital.

Sin duda, las tecnologías digitales son poderosas herramientas para enfrentar la transculturalidad de los pueblos indígenas. Al respecto, se afirma que estas tecnologías no sólo deben constituir factores para promover la igualdad de derechos entre diferentes grupos culturales, sino también para afirmar la efectividad de todos los derechos inherentes a la multiplicidad de pueblos indígenas en el mundo, manteniendo la integridad de su cosmovisión, como una característica única de estas comunidades.

Referencias

BUCHHOLZ, K. Where the world is indigenous people live (09 agosto 2022). Disponible em <https://statista.com/chart/18981/countries-with-the-largest-share-of-indigenous-people/> Acesso em 05 maio 2023.

DU, J.T, Research on indigenous people and the role of information and communications technology in development: a review of the literature. *Journal of the Australian Library and Information Association*, v. 66, n. 4, p. 344-363. Published online: 12 nov. 2017. Disponible em <https://doi.org/10.1080/24750158.2017.1397857> Acesso em 05 maio 2023.

GAMES, F.J.G. Freire em la era digital: opresión y liberación de pueblos indígenas mediante las TIC. *Inovación Educativa*, v. 17, n. 75, p. 9-27. Septiembre-diciembre, 2017.

JIMENES, M.M. O papel fundamental da infraestrutura de telecomunicações. In: BELLI, Luca e CCAVALLI, Olga (orgs.) *Governanças e regras da internet na América Latina*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2019. 556p.

HERNÁNDEZ, I; CALCAGNO, S. Os povos indígenas e a sociedade da informação na América Latina e o Caribe. Santiago de Chile: Cepal, 2003. Disponible em <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/37773?> Aceso em 05 maio 2023

MARTINEZ, L. A. La dinámica comunitaria vista desde la migración en la sierra nahua de Zongolica, Veracruz: Análisis y perspectivas de estudio. *Migraciones Internacionales*, 5, p. 7-37, 2010. Disponible em <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15114693001>

MONSALVE, J.L.P. Organizações regionais indígenas, cidadania e tecnologias de (des) informação e (in) comunicação na Pan-Amazônica. Belém-PA: Universidade Federal do Pará, 2017. 314p.

MONT, C.G. La (in)visibilidad de los pueblos originários en la web. Anuário Unesco/Metodista Comunicação Regional, v.11, n. 11, p. 3-30. 2007. Disponível em <https://doi.org/10.15603/2176-0934/17mv11n11p.3-30> Acesso em 05 maio 2023.

NASCIMENTO, S. Colonialidade do poder no direito e povos indígenas na América Latina: as faces da subordinação/dominação jurídica frente ao direito de retorno às terras ancestrais dos povos indígenas Kaiowá do Telohá Larajeira Nande'Rú no Brasil e Mapuche do Sof Temcuicui no Chile. Tese Doutorado, Universidade de Brasília. 2016. 514f

RAMOS, B. As comunicações invisíveis: inclusão e desenvolvimento social por meio de telecomunicações/TIC, p. 81 In: BELLI, Luca e CCAVALLI, Olga (orgs.) Governanças e regras da internet na América Latina. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2019

STICHEL, B et al. Namibian indigenous communities: reflecting on their own digital representations. Proceedings of the 9th International Conference on Communities & Technologies – Transforming Communities (C&T 2019), New York, USA, 9 pages.

UNITED NATIONS. Addressing global challenges with indigenous knowledge. Informações disponíveis em <https://www.un.org/en/fight-racism/vulnerable-group/indigenous-people> Acesso em 05 maio 2023.

Inteligencia Artificial en la Administración Pública: El Reto de La Transparencia Algorítmica

Jose Ignacio Herce Maza¹

Sumario: 1. Cuestión Previa. 2. Inteligencia Artificial en la Administración Pública: Derechos Fundamentales y Toma de Decisiones. A. Estado algorítmico de Derecho. B. La necesaria protección de los derechos fundamentales ante la Inteligencia Artificial en la Administración Pública. C. La IA como instrumento de apoyo para la gestión de los asuntos públicos y la toma de decisiones. El derecho fundamental a una buena administración. 3. El Control de la ia en la Administración a Través de la Transparencia Algorítmica: el Acceso A las Cajas Negras Decisionales. 3.1 Publicidad activa y derecho de acceso a la información. 3.2 Motivación de las decisiones basadas en la Inteligencia Artificial. 4. Conclusiones. 5. Referencias Bibliográficas.

Resumen: La Administración Pública integra con cada vez mayor intensidad instrumentos de Inteligencia Artificial para el cumplimiento de sus fines. Estas herramientas, que mejoran la eficacia y eficiencia de los poderes públicos en su actuación y toma de decisiones no está exenta de riesgos. El empleo de estas tecnologías digitales no puede construir una nueva forma de inmunidad del poder, que está sometido a la Ley y al Derecho. En estas líneas se propone la transparencia algorítmica como una herramienta del control del poder público que favorece el desarrollo de algoritmos explicables e inteligibles para la sociedad en su conjunto.

Palabras clave: Inteligencia Artificial – Algoritmos – Administración Pública – Transparencia Algorítmica – Acceso a la Información Pública

Abstract: Public Administration increasingly integrates Artificial Intelligence instruments to comply with its fines. These tools, which improve the effectiveness and efficiency of public authorities in their actions and decision-making, are not without risks. The use of these digital technologies cannot build a new form of immunity from power, which is subject to Law. In these lines, algorithmic transparency is proposed as a tool for the control of public power that favors the development of explainable and intelligible algorithms.

Keywords: Artificial Intelligence – Algorithms – Public Administration – Algorithmic Transparency – Access to Public Information

1. Cuestión Previa.

¿La realidad ha superado a la ciencia ficción? BARCELÓ considera que la *littérature d'anticipation* no atraviesa un buen momento. El editor, en el prólogo a la novela *El Marciano* de WEIR, puso de manifiesto como el futuro se convierte en presente con gran rapidez. El asombro parece encontrarse ahora en la fantasía y no en la ciencia ficción.

¹ JOSE IGNACIO HERCE MAZA es doctor en Derecho, profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid y abogado en ejercicio. Pueden consultar más información de su perfil profesional en la siguiente página web: www.joseignacioherce.es. Su correo electrónico de contacto institucional es: ignacio.herce@urjc.es.

Aspectos como las interacciones de las máquinas con seres humanos que nos mostraba TEZUKA en *Astroboy* forman parte de un debate real y actual. El futuro ya está aquí². La Inteligencia Artificial (en adelante, **IA**) está presente con cada vez mayor intensidad en nuestras vidas. La digitalización y el empleo de la inteligencia artificial son el principal factor de cambio e innovación en el ámbito privado y público³.

La Administración Pública incorpora en su quehacer sistemas de inteligencia artificial que influyen con gran intensidad en la vida de los administrados. La IA participa en la toma de decisiones en muchas facetas de la actividad de los poderes públicos: es tenida en cuenta en el análisis de datos para prevenir el riesgo de incendios, fija locales que pueden ser objeto de inspección, revisa solicitudes de la ciudadanía, detecta fraudes en licitaciones o contribuye a la toma de decisiones en materia de subvenciones⁴. La participación de la IA en las tareas del sector público afecta de forma directa al conjunto de la ciudadanía y por ello ha de ser transparente y estar sometida a un control pleno.

En este trabajo se defenderá la transparencia algorítmica como uno de los instrumentos de control de la IA en la Administración Pública de mayor relevancia. Existe un consenso amplio en que el uso de sistemas de IA por parte de la Administración ha de ser cristalina y garantizar que los ciudadanos comprenden como se han adoptado las decisiones algorítmicas que les afectan⁵.

2. Inteligencia Artificial en la Administración Pública: Derechos Fundamentales y Toma de Decisiones.

A. Estado Algorítmico de Derecho.

Se ha afirmado la existencia del Estado algorítmico de Derecho⁶. Un Estado que asume esta característica aplica los algoritmos para la realización de tareas de servicio objetivo al interés general desde la consideración de que los poderes públicos se justifican por su

² RODRIGUEZ GARCÍA, J. A. & MORENO REBATO, M., “¡El futuro ya está aquí! Derecho e inteligencia artificial”, Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías, núm. 48, 2018.

³ HUERGO LORA, A. “Administraciones Públicas e inteligencia artificial: ¿más o menos discrecionalidad? El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 96-97, 2021..

⁴ CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Com obrir les Caixes negres de les administracions publiques? Transparencia i rendició de comptes en l'ús dels algoritmes, Revista Catalana de Dret Public, núm. 58. 2019, p. 15. CASTELLANOS CLARAMUNT, J., “Democracia, Administración Pública e Inteligencia Artificial desde una perspectiva política y jurídica”, Revista Catalana de Dret Public, núm. 60. 2020, p. 141. RAZQUÍN LIZARRAGA, M.M., “La transparencia en el uso de la inteligencia artificial en las subvenciones”, Revista de Privacidad y Derecho Digital, núm. 29, 2023, p. 132.

⁵ GUTIERREZ DAVID, M. E., “Administraciones inteligentes y acceso al código fuente y los algoritmos públicos. Conjurando riesgos de cajas negras decisionales. Derecom, núm. 30, 2021.

⁶ Sobre esta nueva forma de ver el Estado recomiendo consultar: BARRIO ANDRÉS, M. “Retos y desafíos del Estado algorítmico de Derecho”, Análisis del Real Instituto Elcano, núm. 82, 2020; Y BARRIO ANDRÉS, M., “Luces y sombras del Estado algorítmico de Derecho”, Derecho Digital e Innovación, núm. 5, 2020.

carácter servicial⁷. En caso contrario la fórmula *de Derecho* sería una mera ficción, un simple formalismo para enmascarar figuras mucho más funestas para el ciudadano.

La fuerza del término no puede llevarnos a engaño. Aspectos esenciales en un Estado social y democrático de Derecho son el servicio objetivo al interés general, la garantía y fomento de los derechos fundamentales y el respeto al Ordenamiento jurídico positivo y suprapositivo. Las herramientas de IA e instrumentos algorítmicos, si se utilizan de forma adecuada, sirven para facilitar las tareas de servicio a la persona humana. No ha de ser olvidado que aquella está dotada de dignidad y protagonismo originario⁸. Estos elementos intrínsecos al ser humano no pueden ni deben ser derribados por las tecnologías digitales, por mucho que su utilización optimice tiempo y recursos.

El operador público en la utilización de estas herramientas ha de tener muy claro que son un instrumento al servicio del hombre y no al revés. El propio nombre *Estado algorítmico de Derecho* supone una subordinación de la IA al Derecho más allá de la mera ley escrita y formal. De poco sirve ganar la batalla de la eficiencia si se sacrifican derechos fundamentales en el camino. Los poderes públicos cuando emplean instrumentos que tratan de emular la inteligencia humana han de proteger, garantizar y promover los derechos fundamentales de las personas desde la visión de que la Administración tiene carácter vicarial⁹.

La actuación de la Administración basada en herramientas de IA y algoritmos no pueden sustraerse de los mecanismos de control y revisión de los poderes públicos¹⁰. En España el art. 106 de la Constitución Española determina la inexistencia de espacios de la Administración inmunes al control judicial. No solo cabe por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa una revisión de la legalidad vulnerada que expulse del orden jurídico actuaciones administrativas ilegales, sino que ha de dar plena satisfacción a las pretensiones que se formulen por parte de los particulares para restablecer sus derechos

⁷ DELPIAZZO, C., “Despliegue del principio de responsabilidad en el Estado constitucional de Derecho”, *Revista de Derecho Público*, núm. 47, p. 28.

⁸ BRITO, M., “Libertad y autoridad del Estado” en *Aspectos legales y socioeconómicos de la desregulación y privatización*, Montevideo, FCU, 1991, p. 28. BRITO, M., “La dignidad humana como fundamento de nuestro Derecho Administrativo en Pasado y presente del Derecho administrativo uruguayo”, Montevideo, FCU, 2012. DELPIAZZO, C. E., “Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho”, *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 1, núm. 3, 2014.

⁹ PAREJO ALFONSO, L., *Conceptos del Derecho administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 105 y ss. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J.I., “El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el Derecho Administrativo global. Su impacto en los sistemas de Derecho Administrativo de la América española”, *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 16, 2012. DELPIAZZO, C.E., “El derecho administrativo al servicio de la justicia social”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 278, 2020, p. 639. MEILAN GIL, J. L., *Derecho Administrativo Revisado*, Santiago de Compostela, Andavira, 2016, p. 36.

¹⁰ HERCE MAZA, J.I., “Buena administración de la transparencia de los algoritmos de la Administración Pública: un instrumento para el control de cajas negras decisionales” en *La disrupción tecnológica en la Administración Pública: retos y desafíos de la inteligencia artificial*, Aranzadi, 2022.

subjetivos e intereses legítimos¹¹. Esta doble vertiente de la jurisdicción contencioso-administrativa es de aplicación a la actividad algorítmica de los poderes públicos.

Las tecnologías digitales no son instrumentos para resucitar las inmunidades del poder. Se encuentran subordinadas al Ordenamiento jurídico, a los derechos fundamentales y a la dignidad de la persona. La automatización de procesos y la mejora de la eficiencia no puede ser una excusa para sobredimensionar las potestades públicas del Estado, que deberían limitarse a las dinámicas de un Estado subsidiario¹².

B. La Necesaria Protección de los Derechos Fundamentales Ante la Inteligencia Artificial en la Administración Pública.

Aunque no exista una definición unívoca de Inteligencia Artificial, el art. 3.1 de la actual Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (en adelante, **RIA**) nos da unas importantes ideas. La IA es *software desarrollado con una o varias de las técnicas y enfoques numerados en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por el ser humano, generar resultados como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyen en los entornos con los que interactúan*.

Con la IA se produce una emulación de la inteligencia humana para adoptar una decisión y lograr que una máquina resuelva problemas a partir del aprendizaje, creatividad y mayor rendimiento¹³. Estas herramientas no pueden ser entendidas sin los algoritmos, que son su elemento básico¹⁴.

La utilización de dinámicas basadas en IA por parte de los poderes públicos puede comprometer la salvaguarda de ciertos derechos inherentes a la persona. Así lo considera la Agencia Europea de los Derechos Fundamentales, quien ha hecho constar las implicaciones sobre estos derechos en aspectos como las prestaciones sociales, la actuación policial predictiva, los servicios sanitarios o la publicidad dirigida¹⁵. La IA puede comprometer la

¹¹ LEGUINA VILLA, J. “Jurisprudencia Constitucional sobre el artículo 106.1”, Revista de Administración Pública, núm. 77, 2008, p. 241.

¹² HERCE MAZA, J.I, “Del principio de subsidiariedad al Estado regulador y garante: proyecciones en el Derecho administrativo y en la buena regulación” (Tesis Doctoral, Universidad de A Coruña, 2023).

¹³ FILGUEIRAS F., “Inteligencia Artificial en la administración pública: ambigüedad y elección de sistemas de IA y desafíos de la gobernanza digital”, Revista del CLAD: Reforma y Democracia, núm. 79, 2021.

¹⁴ HUEGO LORA, A., “Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho administrativo” en La regulación de los algoritmos, Aranzadi, Navarra, 2020, p. 27. VESTRI, G. “La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica. Una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa”, Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 56, 2021.

¹⁵ Informe Getting the future right – Artificial intelligence and fundamental rights, 2021.

privacidad, protección de datos, no discriminación y acceso a la Justicia. La utilización de estos sistemas no puede suponer una *patente de corso* para atacar el núcleo esencial de los derechos fundamentales, que se ve inalterado pese a la disrupción que suponen las tecnologías digitales. El Estado de Derecho tiene por finalidad la tutela de los citados derechos inherentes a la persona¹⁶, también en su actuación algorítmica.

Es necesario tomar conciencia de las circunstancias que pueden comprometer los derechos fundamentales de la persona cuando se utilizan instrumentos de IA. La Inteligencia Artificial puede estar mal configurada o ser utilizada de manera malintencionada¹⁷. En el caso de que se utilice con fines ilegítimos su inherente opacidad puede complicar el control de una decisión potencialmente injusta. La IA puede adoptar decisiones que no fueron previstas por su diseñador y que pueden conducir a resoluciones contrarias a Derecho, como las que se basan en sesgos internos algunas veces imprevisibles o difícilmente detectables.

La doctrina jurídica, que es consciente de esta situación, aborda con cada vez mayor intensidad como la IA afecta al ejercicio de derechos fundamentales¹⁸ y propone un incremento de la transparencia como una de las mejores propuestas para solventar las posibles incidencias perjudiciales para los derechos e intereses legítimos de la ciudadanía. La IA puede vulnerar los citados en función de cómo sea utilizada, de la calidad e intensidad de las medidas precautorias desde el diseño y por defecto empleadas en su implementación y desarrollo, así como de los mecanismos de control posterior habilitados. Una adecuada configuración en un marco optimista defiende que la IA contribuye al desarrollo del derecho fundamental a una buena administración, ya que puede servir de apoyo para la gestión de asuntos públicos y la toma de decisiones.

C. La IA como Instrumento de Apoyo para la Gestión de los Asuntos públicos y la Toma de Decisiones. El Derecho Fundamental a una Buena Administración.

El empleo de sistemas de IA puede ayudar a la toma de mejores decisiones y a una actuación más eficiente de los poderes públicos. Los sistemas de IA pueden facilitar el acceso a información o sugerir decisiones que ayuden a adoptar una resolución más fundamentada¹⁹. El alcance puede ser mucho mayor y ser utilizada en distintos estadios: desde la

¹⁶ REAL, A. R., “El Estado de Derecho” en Estudios Jurídicos en Memoria de Eduardo J. Couture, Biblioteca de publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1957.

¹⁷ BARONA VILLAR, S., Algoritmización del derecho y la justicia. De la IA a la Smart Justice, Tirant to Blanch, Valencia, 2021.

¹⁸ PRESNO LINERA, M.A., “Teoría general de los derechos fundamentales e inteligencia artificial: una aproximación”, Revista Jurídica de Asturias, núm. 45, 2022, p. 55.

¹⁹ GALINDO CALDÉS, R. “Empleo Público e Inteligencia Artificial” en Inteligencia Artificial y Sector Público: retos, límites y medios, Tirant to Blanch, España, 2023, p. 573

automatización de tareas rutinarias, proceso de datos, toma de decisiones, prestación de servicios públicos personalizados y proactivos o realizar simulaciones y predicciones.²⁰

El derecho fundamental a una buena administración deberá verse garantizado en aquellos supuestos en los que los poderes públicos utilizan herramientas basadas en IA. Este derecho fundamental despliega sus efectos en mecánicas sencillas y de mayor complejidad en las que la IA contribuye a la toma de decisiones. El precitado derecho es omnicomprendivo de la realidad jurídico-administrativa²¹, por lo que imbuje con su fuerza a la actividad algorítmica de los poderes públicos.

Nadie pone en duda que una tecnología de producción alimentaria pueda contaminar acuíferos o que una actividad pueda emitir un volumen indiscriminado de contaminantes al medio natural. GAMERO CASADO indica que este planteamiento ha de hacerse extensivo a los desarrollos de la IA en conexión con los derechos fundamentales, sobre todo cuando están destinados a la toma de decisiones en el sector público²².

La IA puede ser mucho más eficiente que las personas para tomar decisiones de calidad en entornos de baja complejidad o de escasa incertidumbre. Si los entornos son complejos, el nivel de incertidumbre alto o los datos escasos o de baja calidad su capacidad se verá gravemente disminuida. Especial relevancia tiene la reserva de la toma de decisiones públicas a los empleados públicos si con ello se garantiza la materialización de una buena administración. La IA carece de empatía y sentido común²³, cualidades que humanizan a la Administración Pública. Por eso se ha hablado ya de la conocida como reserva de humanidad²⁴ y la necesidad de supervisión humana²⁵. Sin el sentido común es difícil dar cumplimiento al tan conocido principio de proporcionalidad, también llamado de razonabilidad.

Una visión optimista de la IA en la Administración Pública reconoce que su aplicación no carece de riesgos que han de ser atajados, pero puede contribuir al desarrollo

²⁰ MORO CORDERO, M. A., “Organización y gobernanza de la Inteligencia Artificial en las entidades locales” en *Inteligencia Artificial y Sector Público: retos, límites y medios*, Tirant to Blanch, España, 2023, p. 677.

²¹ RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. & HERCE MAZA, J.I., “La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato”, *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, nº extr. 2019, p. 26.

²² GAMERO CASADO, E., “Las garantías de régimen jurídico del sector público y del procedimiento administrativo común frente a la actividad automatizada y la inteligencia artificial” en *Inteligencia Artificial en el Sector Público: retos, límites y medios*, Tirant to Blanch, España, 2023.

²³ CERRILLO Y MARTÍNEZ, A., “Actividad administrativa automatizada y utilización de algoritmos” en *las Políticas de Buen Gobierno de Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Andalucía, 2022, p. 267.

²⁴ PONCE SOLÉ, J. “Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019.

²⁵ La necesidad de supervisión humana se encuentra recogida en el art. 14 del RIA para los sistemas de Inteligencia Artificial de alto riesgo.

del derecho fundamental a una buena administración²⁶. La búsqueda de la realización de este derecho a través de las tecnologías digitales redundará en la consecución del bien común y en la mejora de la vida de la ciudadanía. No se trata de observar la disrupción tecnológica con miedo o desconfianza, sino con la prudencia y valentía necesarias para mejorar la calidad de vida de las personas en defensa permanente de sus derechos inherentes. La IA en la Administración Pública puede ser utilizada en cuestiones como las siguientes: a) la IA permite el análisis de gran cantidad de datos, extracción de información de textos, imágenes, videos o sensores, identificación de perfiles, elaboración de predicciones y recomendaciones e incluso la adopción de decisiones autónomas, b) da respuesta a algunos problemas derivados de la propia actividad humana en la toma de decisiones, como la desconcentración, conflictos de intereses o corrupción., c) aporta una mayor precisión en las decisiones, reducir sesgos, corrupción y un ahorro vinculado a la adopción de decisiones rutinarias²⁷. Con un adecuado empleo de la IA el empleado público puede ocuparse de la realización de tareas que generen mayor valor añadido, d) reduce la intensidad de la discrecionalidad administrativa mediante la objetivación de ciertos elementos en el marco de la discrecionalidad, e) ayuda a la gestión inteligente de recursos en áreas como el transporte, la energía y el medio ambiente, especialmente en el modelo de Smart City, f) aporta elementos de juicio para la predicción y prevención de riesgos para analizar y prevenir posibles problemas en cuestiones como seguridad, salud pública y gestión de desastres naturales.

El desarrollo de sistemas de IA en la Administración Pública no puede deslindarse de los elementos componentes de una buena administración que han sido señalados por RODRÍGUEZ-ARANA²⁸. Aspectos que han de mantenerse inalterados son la motivación de las decisiones, la rendición de cuentas, la participación ciudadana, la transparencia o la seguridad jurídica²⁹. Para garantizar la efectiva realización de una buena administración es necesario que la ciudadanía pueda conocer y controlar de forma plena la actividad algorítmica y de IA de la Administración Pública. Un instrumento fundamental es la transparencia, en especial ante las conocidas como *black box* o cajas negras decisionales, que será comentada *ut infra*.

²⁶ MORENO REBATO, M., “La propuesta de Reglamento de la Unión Europea sobre inteligencia Artificial y las Directrices Éticas para una Inteligencia Artificial fiable: una oportunidad para la Administración Pública Española” en La disrupción tecnológica en la Administración Pública. Retos y Desafíos de la inteligencia Artificial, Aranzadi, España, 2022, p. 80.

²⁷ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “¿Son fiables las decisiones de las Administraciones Públicas adoptadas por algoritmos? European Review of Digital Administration & Law, Vol. 1 (2020).

²⁸ RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa”, Revista Misión Jurídica, núm. 6, 2013.

²⁹ GASCÓN MARCÉN, A., “La protección de los derechos del individuo frente a las decisiones automatizadas de la Unión Europea”, en Europa, Società aperta, problema attuali e prospettive future, Editoriale Scientifica (Italia, 2022).

La IA es difícil de explicar por defecto. El funcionamiento de los instrumentos de IA tiende a la opacidad, en especial los algoritmos de caja negra de los que solo se conoce la información de entrada y salida³⁰. Un algoritmo opaco e inaccesible es difícilmente controlable. Entre los mecanismos que posibilitan control de la actividad de la Administración Pública destacan la transparencia en sus distintas manifestaciones: publicidad activa, el derecho de acceso a la información pública y la motivación de los actos administrativos. Estos instrumentos, junto con el resto de los sistemas de control de poder, han de ser empleados para garantizar una IA ética, fiable, confiable, respetuosa con los derechos fundamentales, transparentes y susceptibles de control en vía administrativa y judicial. La supervisión no ha de ser meramente formal, sino real y efectiva, de tal forma que garantice la ausencia de espacios de inmunidad ante la actuación de la Administración basada en IA.

3. EL Control de la IA en la Administración a Través de la Transparencia Algorítmica: el Acceso a las Cajas Negras Decisionales.

La transparencia es fundamental para acceder al funcionamiento de la inteligencia artificial y sus algoritmos. Se ha señalado que los casos de mal uso de los sistemas algorítmicos conocidos tienen en común su opacidad. Los gobiernos hasta hace bien poco no sentían la necesidad de explicar cómo están utilizando modelos automatizados, lo que derivaba en el uso de cajas negras o sistemas que carecían de control y garantías³¹. La comprensión del funcionamiento de los algoritmos y de sus mecanismos tecnológicos es esencial para aspirar a su control y conocimiento real³².

La aplicación de instrumentos de IA en la *res pública* no ha de suponer un espacio de inmunidad al control ciudadano o del poder judicial a la actividad de la Administración Pública. Esta forma de inteligencia ofrece grandes oportunidades para mejorar la dinámica del poder público en la consecución del interés general. En relación con el tema que nos ocupa considero interesante traer a colación un diálogo de la novela *QualityLand* de MARC-

³⁰ ECHARTE, L., “Algoritmos de caja negra y racionalidad científica. Como la inteligencia artificial puede cambiar nuestra comprensión de autonomía en la toma de decisiones médicas. Conferencia impartida en Congreso interuniversitario organizado por el Observatorio de Bioética y la Universidad Católica de Valencia el jueves 14 de julio de 2022.

³¹ JIMENEZ ARANDÍA, P., “Transparencia algorítmica en el sector público”, Generalitat de Catalunya, Cataluña, 2023, p. 76.

³² BOIX PALOP, A., “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones”, Revista de Derecho Público: Teoría y Método, núm. 1, 2020, pp. 223-270.

UWE KING: *el funcionamiento de los algoritmos que deciden sobre nuestras vidas debe ser transparente y debe dárseles la posibilidad de influir sobre dichos algoritmos. Además, es imprescindible que los algoritmos justifiquen sus decisiones, ya que sin una justificación previa no es posible una réplica razonable.*

Cuando hablamos de la opacidad de los algoritmos nos referimos a la falta de transparencia originada por una caja negra que carece de capacidad explicativa y dificulta su inteligibilidad³³. En palabras de BLÁZQUEZ RUIZ, en un algoritmo *black box*, éste adopta una resolución a la que no es posible objetar o recurrir a pesar de que haya podido basarse en datos parciales, incorrectos o insuficientes, incluso malinterpretados, desconociéndose su funcionamiento³⁴.

Cuando los sistemas de IA que utiliza la Administración Pública no son transparentes pueden afectar a derechos fundamentales y a pilares clave de un Estado de Derecho como la seguridad jurídica, la interdicción de la arbitrariedad y el control de las facultades discrecionales³⁵. Es de gran relevancia poder acceder al contenido de los algoritmos y conocer cuales han sido sus criterios al adoptar o sugerir determinadas decisiones. Tres manifestaciones de la transparencia ayudan a controlar a la IA del poder público: la publicidad activa, el derecho de acceso a la información pública y el deber de motivación de los actos administrativos³⁶.

La doctrina ha planteado numerosas soluciones a los posibles errores de configuración, sesgos o falta de sentido común de la IA: necesidad de supervisión humana, diversidad de composición en los equipos de revisión, testeo de los algoritmos, el análisis de componentes independientes o clasificación de la información legítima para mejorar la calidad de los datos³⁷. Estas y otras medidas propuestas requieren de una transparencia algorítmica que permita conocer el funcionamiento interno de estos mecanismos. Sin una transparencia real y efectiva los mecanismos de revisión, supervisión y control corren el riesgo de ser propuestas vanas con efectos insuficientes en la realidad.

³³ FELZMANN, H., FOSCH-VILLARONGA, E., LUTZ, CH., TAMO-LARRIEUX, A., “Towards transparency by design for Artificial Intelligence”, *Science and Engineering Ethics*, núm. 6, 2020, pp. 3333-3361

³⁴ BLÁZQUEZ RUIZ, F.J., “La paradoja de la transparencia en la IA: opacidad y explicabilidad. Atribución de responsabilidad. *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. 17, 2022.

³⁵ SOTO BERNABEU, L., “La importancia de la transparencia algorítmica en el uso de la inteligencia artificial por la Administración Tributaria”, *Crónica Tributaria*, núm. 179, 2021, pp. 93-129.

³⁶ He defendido en alguna ocasión que las manifestaciones de la transparencia son tres: la publicidad activa, el derecho de acceso a la información pública o transparencia reactiva y el deber de motivación de los actos administrativos. Todos ellos facilitan conocer la ratio decidendi de los poderes públicos, y por ello, que la ciudadanía pueda actuar a través de los cauces de participación y control jurídico que corresponda. HERCE MAZA, J.I., “Transparencia y acceso a la información pública” en *Manual para la buena gestión de la Seguridad Social*, OISS, España, 2020.

³⁷ BENITEZ EYZAGUIRRE, L. “Ética y transparencia para la detección de sesgos algorítmicos de género”. *Estudios sobre el mensaje periodístico*, núm. 25, 2019.

Frente a las cajas negras decisionales, el poder público puede adoptar distintas medidas para permitir a la ciudadanía acceder a su dinámica de actuación. Puede ser publicada información sobre su funcionamiento, emplear software abierto en su diseño, declararlos fuentes abiertas, explicar cómo funcionan los algoritmos, que datos emplean y motivar los resultados obtenidos³⁸.

La relación entre las personas y los algoritmos *black box* es desigual. La cada vez mayor demanda de la sociedad para acceder al código fuente y a los algoritmos subyacentes empleados en sistemas³⁹ obliga a reflexionar sobre la transparencia algorítmica, que ha sido enmarcada como un derecho humano de novísima generación⁴⁰. Es necesario dotar de capacidad explicativa a los sistemas de aprendizaje profundo de tal forma que pueda conocerse el procedimiento en virtud del cual un algoritmo ha llegado a un resultado⁴¹.

3.1 Publicidad Activa y Derecho de Acceso a la Información.

Con la aplicación de los mecanismos de transparencia algorítmica la ciudadanía puede conocer cómo los sistemas autónomos adoptan decisiones⁴² derivadas de su diseño⁴³. Con el reconocimiento de la publicidad activa y derecho de acceso a la información en materia algorítmica se expone a la ciudadanía que datos se utilizan, como se utilizan, para que se utilizan y como se llega a partir de los datos empleados a tomar decisiones de forma clara y comprensible⁴⁴. La cuestión no es nada sencilla, pues a veces ni siquiera las propias administraciones pueden acceder a ese conocimiento cuando son ellas los clientes de la tecnología que les ofrece el sector privado⁴⁵.

La opacidad de los algoritmos y de los mecanismos de IA empleados por la Administración Pública puede estar motivado por distintas causas técnicas, jurídicas y organizativas. Las causas técnicas se refieren a la inherente complejidad de estas herramientas para ser comprendidas, sobre todo si utilizan sistemas de aprendizaje automático. Las causas

³⁸ LEPRI, B., OLIVER, N., LETOUZÉ, E., PENTLAND, A., “Fair, transparent and accountable algorithmic decision-making processes”, *Philosophy & Technology*, vol. 31, núm. 3, pp. 1-17.

³⁹ SOTO BERNABEU, L., “La importancia de la transparencia algorítmica en el uso de la inteligencia artificial por la Administración Tributaria”, *Crónica Tributaria*, núm. 179, 2021, pp. 93-129.

⁴⁰ CORVALÁN, J. G., “IA: retos, desafíos y oportunidades – Prometea: la primera IA de Latinoamérica al servicio de la Justicia”, *Revista de Investigações constitucionais, Journal of Constitutional Research*, vol. 5, núm., 1, 2018.

⁴¹ BLAZQUEZ RUIZ, F.J., “La paradoja de la transparencia en la IA: opacidad y explicabilidad. Atribución de responsabilidad. *Revista Internacional de Pensamiento Político*. Vol. 17, 2022.

⁴² HARTZOG, WOODROW Y STUTZMAN, FREDERIC D., 2013: “Obscurity by Design”, junio *Washington Law Review*, Vol. 88, 2013, <https://ssrn.com/abstract=2284583>

⁴³ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Com obrir les caixes negres de les administracions públiques? Transparència i rendició de comptes en l’ús dels algoritmes”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 58, pp. 13-28.

⁴⁴ SANGÜESA, R., “Inteligencia artificial y transparencia algorítmica, It’s complicated”, *Bid: textos universitaris de biblioteconomia i documentació*, núm. 41.

⁴⁵ COTINO HUESO, L., “Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”, *Ilemata*, núm. 24, 2017, pp. 131-150.

jurídicas responden a la existencia de cláusulas o normas que limitan el acceso a la información para proteger bienes jurídicos como el secreto empresarial o la propiedad intelectual e industrial. Las causas organizativas abordan el desconocimiento de los poderes públicos de los códigos empleados por la IA por diversas causas: como no tener acceso a ellos o falta de formación⁴⁶.

Se ha planteado aplicar distintos niveles de transparencia en lo que a transparencia algorítmica se refiere. El primer nivel de transparencia puede incluir el acceso al código de los algoritmos que tratan los datos. El segundo nivel puede implicar la comprensión del comportamiento del algoritmo (especialmente en aquellos algoritmos de aprendizaje automático) a través del cual se debería conocer su dinámica de actuación. El tercer nivel implicaría conocer la justificación de la decisión del algoritmo en el aspecto concreto⁴⁷.

La transparencia es un principio de las administraciones públicas que ha de guiar el uso de los algoritmos, como así lo impone el art. 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. El Parlamento Europeo ha expuesto que el principio de transparencia implica que ha de ser posible justificar una decisión adoptada con ayuda de la inteligencia artificial y que pueda tener un impacto significativo sobre la vida de las personas⁴⁸.

El art. 13 de la Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno reconoce a los ciudadanos el acceso a la información pública. Toda la información en poder de una Administración forma parte del derecho de acceso a la información pública, entre las que se incluyen los algoritmos y la información relacionada sobre ellos, sin perjuicio de los límites de acceso a la información pública previstos en el art. 14 de la citada norma. El profesor COTINO HUESO hace un análisis muy interesante de la transparencia concreta e información sobre algoritmos e inteligencia artificial es la debida⁴⁹.

La noción de información pública abarca toda información que la Administración elabore o tenga en su poder en ejercicio de sus funciones, incluyendo el lenguaje matemático o informático con independencia del lenguaje o forma en que se exprese⁵⁰. La elección por parte de los poderes públicos ha de ser transparente, al igual que su dinámica de actuación

⁴⁶ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Com obrir les caixes negres de les administracions públiques? Transparència i rendició de comptes en l’ús dels algoritmes”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 58, pp. 13-28.

⁴⁷ SANGÜESA, R. “Inteligencia artificial y transparencia algorítmica, It’s complicated”, *Bid: textos universitaris de biblioteconomia i documentació*, núm. 41.

⁴⁸ PARLAMENTO EUROPEO, (2017). Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica.

⁴⁹ COTINO HUESO, L. “Qué concreta transparencia e información de algoritmos e inteligencia artificial es la debida”, *Revista Española de la Transparencia*, núm. 16, 2023.

⁵⁰ Resolución 200/2017, de 21 de junio de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública.

cuando esté el instrumento de IA en funcionamiento. Es de vital importancia asegurar que el interesado pueda conocer cómo un algoritmo toma una decisión⁵¹.

Los límites de acceso a la información pública no han de ser aplicados de manera directa en la publicidad activa o reactiva. No operan ni de forma automática a favor de la denegación ni absolutamente en relación con los contenidos. Como impone el Criterio C1/002/2015 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, para su aplicación deberá analizarse si la estimación de la petición supone un perjuicio concreto, definido y evaluable, siempre que no exista un interés que justifique la publicidad⁵². Las excepciones al principio de máxima transparencia han de ser tasadas, justificadas y limitadas, puesto que la regla es el principio de máxima transparencia. *In dubio pro-transparencia*⁵³, inclusive ante la actividad digital del poder público.

La sociedad civil ha de conocer las dinámicas decisionales de los instrumentos de IA que emplean los poderes públicos. Un elemento de resistencia frente a los riesgos de los sistemas *black box* y que es una manifestación de transparencia es la motivación comprensible de las decisiones adoptadas en el entorno digital. Ciertamente habrá que acudir a cada caso concreto para acudir a la ponderación de bienes jurídicos en la apertura de la información y su resguardo, pero el principio *in dubio pro transparencia* ha de ser protegido para garantizar el respeto de los derechos fundamentales en la actividad algorítmica de la administración.

3.2 Motivación de las Decisiones Basadas en Inteligencia Artificial.

La utilización de algoritmos en la toma de decisiones administrativas ha provocado una batalla silenciosa entre los derechos de los ciudadanos y la actuación de la Administración Pública, debido principalmente a las carencias normativas específicas sobre la materia⁵⁴ en el procedimiento administrativo. La transparencia algorítmica a la que se ha hecho referencia en el epígrafe anterior es de gran relevancia para comprobar la coherencia entre la norma en la que se ampara el código fuente y la concreta decisión del órgano administrativo ayudado por la IA.

⁵¹ VESTRI, G., “La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica. Una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 56, 2021, pp. 368-398.

⁵² RODRÍGUEZ-ARANA, J. & HERCE MAZA, J. I., “Algunas consideraciones sobre el acceso a la información pública a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3º, Sección 3º), núm. 1547/2017, de 16 de octubre”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 22 (2018), pp. 298-319.

⁵³ HERCE MAZA, J.I., “Transparencia y Acceso a la Información Pública”, en *Manual para la Buena Gestión de la Seguridad Social*, OISS, España, 2020.

⁵⁴ PAZ LOMBA, C. “Los algoritmos y la toma de decisiones administrativas. Especial referencia a la transparencia”, *Revista CEFLegal*, núm. 243.

La Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica recuerda que siempre debe ser posible reducir los cálculos del sistema de IA a una forma comprensible para los humanos. Así las cosas, la Carta de Derechos Digitales de 2021, pese a no ser una norma jurídica, afirma el derecho a obtener una motivación comprensible en lenguaje natural de las decisiones que se adopten en el entorno digital, con justificación de las normas jurídicas relevantes, tecnología empleada y criterios de aplicación al caso.

No ha de ser olvidado el art. 35 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común que extiende el deber de motivación a casi todos los actos administrativos en conexión con los arts. 9.3 y 24 de la Constitución Española. La Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha incluido en el derecho a una buena administración la motivación algorítmica⁵⁵. Una forma adecuada para facilitar este deber de motivación es la publicación del código fuente, con independencia de que se adquiera al sector privado o lo desarrolle la Administración Pública, ya en él se encuentra *su ratio decidendi*⁵⁶.

El derecho fundamental a una buena administración requiere que el procedimiento administrativo se desarrolle con la debida diligencia guardando una congruencia relacional con la decisión que se adopte y su motivación, lo que implica que los poderes públicos tienen el deber de hacerse comprender con independencia del modo o soporte, lo que incluye a los algoritmos y códigos fuente empleados en la adopción de decisiones⁵⁷. La opacidad de la administración cuando dicta un acto administrativo que ha empleado herramientas de IA es ilegal e injustificada, en la medida en que existe un deber de motivación de las decisiones administrativas amparada constitucionalmente (art. 9.3 CE y art.35.1 LPAC).

Si el administrado no conoce la motivación de la decisión administrativa es difícil conocer si es o no discriminatoria, si se ha adoptado de forma correcta o si cumple con la norma de aplicación. Lógicamente la desinformación imposibilita una adecuada reacción jurídica por parte del interesado que desea combatirla, poniendo en jaque el derecho a una tutela judicial efectiva y generando indefensión⁵⁸. Es fundamental la creación de un marco jurídico más específico que aborde este deber de motivación, ya que adquiere una especial

⁵⁵ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. Getting the future right. artificial intelligence and fundamental rights, enlace disponible en <https://n9.cl/npye>

⁵⁶ PAZ LOMBA, C. “Los algoritmos y la toma de decisiones administrativas. Especial referencia a la transparencia”, *Revista CEFLegal*, núm. 243.

⁵⁷ PONCE SOLE, J., “Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019.

⁵⁸ MENENDEZ SEBASTIAN, E.M., “Buena administración, algoritmos y perspectiva de género” en *Nuevas normatividades: Inteligencia Artificial, Derecho y Género*, Aranzadi, Navarra, 2022.

significación desde la perspectiva del control de las decisiones administrativas en la que se proyecta una perspectiva ética como exigencia jurídica inexcusable⁵⁹.

4. Conclusiones.

Se ha expuesto en este trabajo que la IA es un instrumento que puede mejorar la eficiencia de la Administración Pública y una mejor calidad en la prestación de servicios públicos, contribuyendo incluso a la adopción de ciertas decisiones. Que sea una herramienta de gran utilidad para el servicio objetivo al interés general no quiere decir que no sean necesarias precauciones ni que esté ausente de peligros.

La IA puede poner en jaque diversos derechos fundamentales y los pilares del Estado social y democrático de Derecho, como se ha descrito en estas líneas, de muy diversas formas. Uno de los aspectos que más tensión genera en relación con la IA en el sector público es la dificultad de su control, que se agrava por la opacidad que estas herramientas presentan.

La transparencia en su sentido más amplio (publicidad activa, derecho de acceso y motivación de los actos administrativos) es un elemento fundamental para controlar la dinámica de funcionamiento de los instrumentos de IA que emplea el Sector Público, pero lamentablemente no cuenta con un régimen jurídico específico debidamente desarrollado.

Sería aconsejable aumentar el canon de transparencia de la actividad algorítmica de los poderes públicos, lo que requiere una interpretación de los límites de acceso a la información pública que priorice la publicidad del código fuente, la comprensión del algoritmo y el conocimiento del razonamiento seguido para la adopción de determinadas soluciones.

En el procedimiento administrativo asistido por IA es imprescindible la inclusión de disposiciones específicas que regulen el deber de motivación específico y cualificado que ha de ser salvaguardado cuando se utilicen herramientas algorítmicas. El no cumplimiento de este deber puede generar indefensión y vulneración del derecho a una tutela administrativa y judicial efectiva. Como dijo el JUEZ BRANDEIS, *la luz es el mejor de los desinfectantes*.

5. Referencias Bibliográficas.

BARONA VILLAR, S., *Algoritmización del derecho y la justicia. De la IA a la Smart Justice*, Tirant to Blanch, Valencia, 2021.

⁵⁹ CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS EUROPEOS LUIS ORTEGA ÁLVAREZ, INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Conclusiones del I Seminario Internacional Derecho Administrativo e Inteligencia Artificial”, IDP. Revista de Internet, Derecho y Política, núm. 29.

- BARRIO ANDRÉS, M. “Retos y desafíos del Estado algorítmico de Derecho”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, núm. 82, 2020;
- BARRIO ANDRÉS, M., “Luces y sombras del Estado algorítmico de Derecho”, *Derecho Digital e Innovación*, núm. 5, 2020.
- BLAZQUEZ RUIZ, F.J., “La paradoja de la transparencia en la IA: opacidad y explicabilidad. Atribución de responsabilidad. *Revista Internacional de Pensamiento Político*. Vol. 17, 2022.
- BOIX PALOP, A. “Sobre la naturaleza jurídica de los algoritmos empleados por la Administración en la toma de decisiones”, conferencia impartida en la Jornada “La Constitución del Algoritmo” organizada por la Fundación Jiménez Abad, 15 de abril de 2021.
- BOIX PALOP, A. “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones, *Revista de Derecho Público. Teoría y Método.*, núm. 1, 2020.
- BENITEZ EYZAGUIRRE, L. “Ética y transparencia para la detección de sesgos algorítmicos de género”. *Estudios sobre el mensaje periodístico*, núm. 25, 2019.
- BRITO, M., “Libertad y autoridad del Estado” en *Aspectos legales y socioeconómicos de la desregulación y privatización*, Montevideo, FCU, 1991, p. 28.
- BRITO, M., “La dignidad humana como fundamento de nuestro Derecho Administrativo en Pasado y presente del Derecho administrativo uruguayo, Montevideo, FCU, 2012.
- BOIX PALOP, A., “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 1, 2020
- CASTELLANOS CLARAMUNT, J., “Democracia, Administración Pública e Inteligencia Artificial desde una perspectiva política y jurídica”, *Revista Catalana de Dret Public*, núm. 60. 2020, p. 141
- CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS EUROPEOS LUIS ORTEGA ÁLVAREZ, INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Conclusiones del I Seminario Internacional Derecho Administrativo e Inteligencia Artificial”, IDP. *Revista de Internet, Derecho*
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Com obrir les Caixes negres de les administracions publiques? Transparencia i rendició de comptes en l'ús dels algoritmes, *Revista Catalana de Dret Public*, núm. 58. 2019
- CERRILLO Y MARTÍNEZ, A., “Actividad administrativa automatizada y utilización de algoritmos” en *las Políticas de Buen Gobierno de Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Andalucía, 2022
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “¿Son fiables las decisiones de las Administraciones Públicas adoptadas por algoritmos? *European Review of Digital Administration & Law*, Vol. 1 (2020).
- CORVALÁN, J. G., “IA: retos, desafíos y oportunidades – Prometea: la primera IA de Latinoamérica al servicio de la Justicia”, *Revista de Investigações constitucionais, Journal of Constitutional Research*, vol. 5, núm., 1, 2018.
- COTINO HUESO, L., “Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”, *Ilemata*, núm. 24, 2017, pp. 131-150.
- DELPIAZZO, C., “Despliegue del principio de responsabilidad en el Estado constitucional de Derecho”, *Revista de Derecho Público*, núm. 47

DELPIAZZO, C. E., “Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho”, *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 1, núm. 3, 2014.

DELPIAZZO, C.E., “El derecho administrativo al servicio de la justicia social”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 278, 2020, p. 639.

ECHARTE, L., “Algoritmos de caja negra y racionalidad científica. Como la inteligencia artificial puede cambiar nuestra comprensión de autonomía en la toma de decisiones médicas. Conferencia impartida en Congreso interuniversitario organizado por el Observatorio de Bioética y la Universidad Católica de Valencia el jueves 14 de julio de 2022.

FILGUEIRAS F., “Inteligencia Artificial en la administración pública: ambigüedad y elección de sistemas de IA y desafíos de la gobernanza digital”, *Revista del CLAD: Reforma y Democracia*, núm. 79, 2021.

FELZMANN, H., FOSCH-VILLARONGA, E., LUTZ, CH., TAMO-LARRIEUX, A., “Towards transparency by design for Artificial Intelligence”, *Science and Engineering Ethics*, núm. 6, 2020, pp. 3333-3361

GARCÍA GARCÍA, S., “Una aproximación a la futura regulación de la Inteligencia Artificial en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 79, 2021.

GALINDO CALDÉS, R. “Empleo Público e Inteligencia Artificial” en *Inteligencia Artificial y Sector Público: retos, límites y medios*, Tirant to Blanch, España, 2023, p, 573

GAMERO CASADO, E., “Las garantías de régimen jurídico del sector público y del procedimiento administrativo común frente a la actividad automatizada y la inteligencia artificial” en *Inteligencia Artificial en el Sector Público: retos, límites y medios*, Tirant to Blanch, España, 2023.

GASCÓN MARCÉN, A., “La protección de los derechos del individuo frente a las decisiones automatizadas de la Unión Europea”, en *Europa, Società aperta, problema attuali e prospettive future*, Editoriale Scientifica (Italia, 2022).

GUTIERREZ DAVID, M. E., “Administraciones inteligentes y acceso al código fuente y los algoritmos públicos. Conjurando riesgos de cajas negras decisionales. *Derecom*, núm. 30, 2021.

HARTZOG, WOODROW Y STUTZMAN, FREDERIC D., 2013: “Obscurity by Design”, junio *Washington Law Review*, Vol. 88, 2013, <https://ssrn.com/abstract=2284583>

HUERGO LORA, A. “Administraciones Públicas e inteligencia artificial: ¿más o menos discrecionalidad? *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 96-97, 2021.

HUEGO LORA, A., “Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho administrativo” en *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi, Navarra, 2020

HERCE MAZA, J.I., “Buena administración de la transparencia de los algoritmos de la Administración Pública: un instrumento para el control de cajas negras decisionales” en *La disrupción tecnológica en la Administración Pública: retos y desafíos de la inteligencia artificial*, Aranzadi, 2022.

HERCE MAZA, J.I, “Del principio de subsidiariedad al Estado regulador y garante: proyecciones en el Derecho administrativo y en la buena regulación” (Tesis Doctoral, Universidad de A Coruña, 2023).

HERCE MAZA, J.I., “Transparencia y Acceso a la Información Pública”, en *Manual para la Buena Gestión de la Seguridad Social*, OISS, España, 2020.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J.I., “El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el Derecho Administrativo global. Su impacto en los sistemas de Derecho Administrativo de la América española”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 16, 2012

JIMENEZ ARANDÍA, P., “Transparencia algorítmica en el sector público”, Generalitat de Catalunya, Cataluña, 2023

LEGUINA VILLA, J. “Jurisprudencia Constitucional sobre el artículo 106.1”, Revista de Administración Pública, núm. 77, 2008, p. 241.

LEPRI, B., OLIVER, N., LETOUZÉ, E., PENTLAND, A., “Fair, transparent and accountable algorithmic decision-making processes”, Philosophy & Technology, vol. 31, núm. 3

MEILAN GIL, J. L., Derecho Administrativo Revisado, Santiago de Compostela, Andavira, 2016, p. 36.

MENENDEZ SEBASTIAN, E.M., “Buena administración, algoritmos y perspectiva de género” en Nuevas normativas: Inteligencia Artificial, Derecho y Género, Aranzadi, Navarra, 2022.

MORO CORDERO, M. A., “Organización y gobernanza de la Inteligencia Artificial en las entidades locales” en Inteligencia Artificial y Sector Público: retos, límites y medios, Tirant to Blanch, España, 2023

MORENO REBATO, M., “La propuesta de Reglamento de la Unión Europea sobre inteligencia Artificial y las Directrices Éticas para una Inteligencia Artificial fiable: una oportunidad para la Administración Pública Española” en La disrupción tecnológica en la Administración Pública. Retos y Desafíos de la inteligencia Artificial, Aranzadi, España, 2022,

PAREJO ALFONSO, L., Conceptos del Derecho administrativo, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 105 y ss..

PAZ LOMBA, C. “Los algoritmos y la toma de decisiones administrativas. Especial referencia a la transparencia”, Revista CEFLegal, núm. 243.

PONCE SOLÉ, J. “Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, Revista General de Derecho Administrativo, núm. 50, 2019.

PONCE SOLE, J., “Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, Revista General de Derecho Administrativo, núm. 50, 2019.

PRESNO LINERA, M.A., “Teoría general de los derechos fundamentales e inteligencia artificial: una aproximación”, Revista Jurídica de Asturias, núm. 45, 2022

RAZQUÍN LIZARRAGA, M.M., “La transparencia en el uso de la inteligencia artificial en las subvenciones”, Revista de Privacidad y Derecho Digital, núm. 29, 2023, p. 132.

REAL, A. R., “El Estado de Derecho” en Estudios Jurídicos en Memoria de Eduardo J. Couture, Biblioteca de publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1957.

RODRIGUEZ GARCÍA, J. A. & MORENO REBATO, M., “¡El futuro ya está aquí! Derecho e inteligencia artificial”, Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías, núm. 48, 2018.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa”, *Revista Misión Jurídica*, núm. 6, 2013.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. & HERCE MAZA, J. I., “Algunas consideraciones sobre el acceso a la información pública a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3º, Sección 3º), núm. 1547/2017, de 16 de octubre”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 22 (2018), pp. 298-319.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. & HERCE MAZA, J.I., “La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato”, *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, nº extr. 2019

SANGÜESA, R., “Inteligencia artificial y transparencia algorítmica, It`s complicated”, *Bid: textos universitaris de biblioteconomía i documentació*, núm. 41.

SOTO BERNABEU, L., “La importancia de la transparencia algorítmica en el uso de la inteligencia artificial por la Administración Tributaria”, *Crónica Tributaria*, núm. 179, 2021

VESTRI, G. “La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica. Una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 56, 2021.

Prestación de Servicios Públicos en el Metaverso: ¿Mera Ficción o Imposición Constitucional?

Provision of Public Services in the Metaverse: Mere Fiction or Constitutional Imposition?

Luiz Alberto Blanchet¹

Melissa Trento²

Tabla de Contenido: Introducción; 1. Servicios Públicos; 1.1. Servicios Públicos Digitales; 2. Metaverso; 2.1 Concepto y Atributos; 2.1.1 El caso Seúl y el proyecto piloto judicial en el metaverso; 3. De la Administración Pública Digital al Metaverso; 3.1. El Constitucionalismo Digital; 3.2. Imperativo Constitucional para la Implantación de las Nuevas Tecnologías y la Inafastabilidad de los Servicios Públicos en el Metaverso; Consideraciones Finales; Referencias

Resumen: El desarrollo tecnológico y la transformación de las sociedades son fenómenos evidentes en la época contemporánea. Ante ello, las relaciones personales, sociales, empresariales y las que involucran al ciudadano y a la Administración Pública se reconfiguran en formatos digitales y virtuales, de modo que la tecnología ha mediado intensamente las interacciones en las esferas pública y privada. Asumiendo que la interpretación constitucional acompaña a las circunstancias y contextos sociales, culturales y económicos, emerge la dimensión digital del constitucionalismo, que conduce a la readaptación del Estado frente a la revolución tecnológica. La investigación tiene como objetivo considerar la posibilidad de un arreglo institucional político y normativo respecto a la prestación de servicios públicos en el entorno del Metaverso, destacando el imperativo constitucional sobre la implementación de nuevas tecnologías por parte del sector público. Para ello, el método empleado fue el enfoque deductivo-descriptivo, a través de la investigación bibliográfica y documental. Se concluye que, a pesar de los desafíos e incertidumbres inherentes al nuevo modelo de sociedad que proporcionará el ambiente virtual, se considera ineludible la prestación de servicios públicos en la plataforma del Metaverso, con el propósito de ampliar el acceso a los servicios públicos esenciales para el desarrollo, a partir de incentivos efectivos en innovación, eficiencia y buena administración, posibilitando la realización de los derechos fundamentales y el avance en el desarrollo sostenible.

Palabras clave: Servicios Públicos; Tecnología; Metaverso; Constitucionalismo Digital; Desarrollo.

Abstract: Technological development and the transformation of societies are evident phenomenons in contemporary times. In view of this, personal, social, business relationships and those involving the citizen and the Public Administration are reconfigured for also digital and virtual formats, so that technology began to intensively mediate interactions in the public and private spheres. Assuming that the constitutional interpretation accompanies the circumstances and social, cultural and economic contexts, the digital dimension of constitutionalism is triggered, which leads to the readaptation of the State in the face of the technology revolution. The research intends to consider the possibility of a political and

¹ Doctorado y Maestría en Derecho del Estado por la UFPR. Profesor Titular de los Programas de Postgrado Strictu Sensu de la PUCPR. Miembro fundador de la Red Euro-Latinoamericana Docente del Derecho Administrativo - REDOEDA. Miembro de la Academia Brasileña de Derecho Constitucional - ABDConst. Abogado. E-mail: blanchet@blanchet.adv.br.

² Estudiante de Maestría en Derecho Económico y Desarrollo en la Pontificia Universidad Católica de Paraná. Auditor de Control Externo del Tribunal de Cuentas del Estado de Paraná TCEPR. E-mail: melissatrento@gmail.com.

normative institutional arrangement regarding the availability of public services in the Metaverse environment, highlighting the constitutional imperative on the implementation of new technologies by the public sector. Methodologically, the deductive-descriptive approach is used, with bibliographical and documentary research techniques. It is concluded that, despite the challenges and uncertainties inherent to the new model of society that the virtual environment will provide. The provision of public services on the Metaverso platform is considered unavoidable, with the aim of expanding access to public services essential to development, based on effective incentives for innovation, efficiency and good administration, enabling the realization of fundamental rights and advances in sustainable development.

Keywords: Public services; technology; Metaverse; digital constitutionalism; development.

Introducción

El crecimiento económico, que se produjo entre las décadas de 1950 y 1970, impulsó las inversiones en innovación y generación de estructuras tecnológicas, de modo que promovió el avance de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), impactando enormemente en las formas de organización humana en diversos ámbitos: social, económico, político y jurídico.

La revolución tecnológica es un fenómeno global, derivado de procesos disruptivos e innovadores, a través de la construcción y deconstrucción de nuevos productos y procedimientos, forjando nuevas tecnologías y metodologías que se superponen a las anteriores, en un proceso continuo de desarrollo.

En este contexto, se requiere la renovación y reconfiguración del Estado, para que la prestación de los servicios públicos se adecue a las circunstancias y contextos sociales, culturales y económicos de cada momento histórico y localidad, con el fin de garantizar la realización de los derechos fundamentales, teniendo el deber de promover servicios públicos adecuados y eficientes.

El método adoptado para la investigación es el deductivo-descriptivo, apoyado en las técnicas de investigación bibliográfica y documental. En su aspecto estructural, el texto tiene tres temas principales que abordan la evolución de los servicios públicos; el concepto y los atributos del Metaverso; la Administración Pública digital a la plataforma del Metaverso, desarrollándose en el enfoque del constitucionalismo digital y de la prestación indispensable de servicios públicos en el ambiente virtual.

En su esencia, el estudio propone demostrar que el constitucionalismo digital debe ser entendido como la aplicación de las normas constitucionales para la protección de los derechos fundamentales, a través de la ampliación del acceso a la prestación de servicios públicos en el Metaverso, debido a la ineludible implementación de las nuevas tecnologías

por parte del Estado, que proporcionará la promoción del desarrollo democrático y sostenible en el país.

1. Servicios Públicos

Aunque sea posible identificar la noción de servicio público adoptada en un determinado contexto histórico-político, a partir de la referencia ofrecida por la Teoría del Estado, lo cierto es que el tratamiento del tema encuentra en la doctrina enorme pluralidad de posiciones, ya que no existe en el ordenamiento jurídico nacional una disposición específica que describa textualmente lo que viene a ser servicio público.

La Constitución Federal de 1988 no proporciona una definición precisa del instituto, y la expresión se utiliza con diferentes significados a lo largo de sus disposiciones. Aun así, con el objetivo de realizar los valores de un Estado Social y Democrático de Derecho, el constituyente original proporciona directrices y referencias que permiten identificar la noción de servicio público destinada a la sociedad brasileña.³

Los servicios públicos se consideran actividades económicas de responsabilidad y titularidad del Estado - ejercidas directa o indirectamente - en régimen de Derecho Público, pero deben concebirse siempre como instrumento para la realización de los derechos sociales fundamentales".⁴

Para situar la noción de servicio público a partir del conjunto de principios que conforman el llamado régimen jurídico administrativo, consagrado en la Constitución Federal de 1988, es necesario releer el instituto bajo el enfoque que pretende consagrar la dignidad de los ciudadanos brasileños.⁵

El elemento material define el fin buscado por el Estado con la prestación de servicios públicos. En la perspectiva adoptada en la tesis de Schier⁶, esa prestación debe traducirse en la realización de los derechos sociales fundamentales, previstos en la Carta Magna de 1988. Es la idea de la instrumentalidad del servicio público, que se presenta como un medio que, "al posibilitar el ejercicio de los derechos fundamentales, encuentra su fin en

³ SCHIER, A.C.R. Regime Jurídico do Serviço Público: garantia fundamental do cidadão e proibição do retrocesso social. *Tese (Doutorado em Direito)* – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. p. 27.

⁴ HACHEM, D.W. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, ene. /mar. 2014, p. 129.

⁵ SCHIER, A.C.R. A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 8.

⁶ SCHIER, A.C.R. Regime Jurídico do Serviço Público: garantia fundamental do cidadão e proibição do retrocesso social. *Tese (Doutorado em Direito)* – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

la realización práctica del valor más alto del ordenamiento jurídico brasileño: la dignidad de la persona".

La satisfacción de los derechos sociales fundamentales, instrumentalizados por los servicios públicos, depende directamente de las acciones estatales destinadas a crear y posibilitar las condiciones, la infraestructura y la logística esenciales para que su disfrute por los individuos sea real y efectivo. Por lo tanto, la disponibilidad de los servicios públicos también en un entorno virtual es un tema obligatorio, que se abordará mejor en un tema específico, con el fin de demostrar la indispensabilidad de la aplicación de las nuevas tecnologías por el Estado para la materialización de los derechos fundamentales.

Además, cabe destacar la condición *insfundamental* que se otorga a la garantía de un servicio público adecuado (y aquí cabría la inserción en el ambiente virtual, ya que sería adecuado a la realidad tecnológica contemporánea) desarrollada por Schier⁷, cuando argumenta que el contenido esencial del régimen jurídico del servicio público no puede ser revocado del art. 6º, §1 de la Ley de Concesiones (Ley nº 8.987/95), ya que está protegido por la cláusula de prohibición de retroceso social.

1.1. Servicios Públicos Digitales

Siguiendo la evolución con que ocurre la velocidad exponencial de la tecnología y la forma en que afecta y se relaciona con los seres humanos, es necesario repensar la actuación estatal más en consonancia con los aspectos que caracterizan a la "Sociedad 5.0", defendida en el contexto del 5º Plan Básico de Ciencia y Tecnología de Japón.⁸

Evidentemente, las transformaciones tecnológicas impactan en todas las relaciones sociales, incluidas las que se establecen entre el ciudadano y la Administración Pública, por lo que ésta no puede evitar adaptarse e invertir en la nueva realidad que se avecina. Así como la Ley nº 14.129/21, que estableció el Gobierno Digital, pretendió adecuarse y compatibilizarse con el escenario histórico, cultural y tecnológico que permea la sociedad brasileña, es necesario conjeturar sobre nuevas formas de prestación de servicios públicos, ya sea en ambientes digitales (como establece el programa Gobierno Digital (e-gov) ⁹, o en

⁷ SCHIER, A.C.R. Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016. pp. 138-139.

⁸ REIS, R. Desafios para o Brasil construir sua Sociedade 5.0. Revista da Sociedade Brasileira de Computação: Artificialmente Humano ou Humanamente Artificial? Desafios da Sociedade 5.0, n. 43, nov. 2020. Disponible en: <https://sol.sbc.org.br/journals/index.php/comp-br/issue/view/238>. Acceso el: 23 mar. 2022.

⁹ BRASIL. Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos. Do Eletrônico ao Digital. 2019. Disponible en: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategia-de-governanca-digital/do-eletronico-ao-digital>. Acceso el: 29 sept. 2022.

ambientes virtuales como la plataforma Metaverso, cuyo espacio propone crear nuevos modelos de relaciones sociales, comerciales, culturales y de ocio.

Sobre los retos del Gobierno Digital, Corvalán¹⁰ destacó que no se trata sólo de adaptar el Gobierno y la Administración a los procesos digitales o a internet. La transformación es mucho más intensa y global. Además de garantizar el acceso a las tecnologías de la información y la comunicación, hay que crear un entorno de preparación tecnológica y promover el desarrollo de la tecnología social y la tecnología inclusiva.

En este escenario, se considera que el nuevo entorno virtual del Metaverso tiene potencial para ampliar la prestación de servicios públicos adecuados a la realidad que se avecina.

2. Metaverso

2.1. Concepto y Atributos

El Metaverso es un ecosistema de nuevas tecnologías que coexisten en un mundo virtual, permitiendo, a partir de una nueva experiencia de usuario en la "nueva internet", desarrollar nuevos negocios y relaciones sociales en una economía y sociedad virtuales. El nuevo entorno propone una conexión entre el mundo real y el virtual, o mejor dicho, la vida en un mundo virtual, a causa de nuestra existencia real.¹¹

Se trata, por tanto, de un mundo nuevo, en el que las personas se invisten con sus avatares digitales para llevar a cabo diversas actividades relacionales, negocios jurídicos, como adquirir propiedades, firmar contratos, realizar compras al por menor, relacionarse entre sí y comunicarse. Se trata de una nueva capa de Internet. Un mundo en el que se mezclan los recursos de la Realidad Virtual (RV) y la Realidad Aumentada (RA).

El Metaverso tuvo su génesis en el juego *Second Life*, creado en 2003, que simulaba una vida en sociedad a través de avatares, pero en aquella época el juego ni siquiera tenía conexión virtual. Tras su creación, *Second Life* se expandió y ganó nuevos negocios en su entorno virtual, como la disponibilidad de propiedades virtuales y una plataforma de mercado, cuya moneda podía utilizarse en el entorno virtual del juego.

Posteriormente, este movimiento fue incorporado y abrazado por varias empresas como Google, Nike, Ralph Lauren, Itaú, Balenciaga, Vans, Gucci, Burberry, Stella Artois, Lojas Renner, entre otras que ya tienen bases relacionales y comerciales en el Metaverso. Se

¹⁰ CORVALÁN, J.G. Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 26-66, mayo/ago. 2017. p. 30.

¹¹ PIRONTI, R; KEPPEN, M. Metaverso: novos horizontes, novos desafios. International Journal of Digital Law, Belo Horizonte, año 2, n. 3, p. 57-67, sept./dic. 2021. p. 58.

ha convertido, por tanto, en un nuevo canal de comunicación entre proveedores y consumidores, abarcando a posibles consumidores que, hasta ahora, no formaban parte de la lista de contactos de estas empresas, lo que demuestra una clara expansión del consumo y de las relaciones sociales que se establecen a través de este nuevo universo.

Para perfilar con más detalle el nuevo entorno virtual, es necesario destacar algunos atributos clave del Metaverso. Matthew Ball¹² resume las siguientes características: escala; persistencia; interoperabilidad; economía; identidad; digital y físico.¹³

Dadas estas características, es posible conjeturar numerosas situaciones jurídicas que requerirán la intervención del Estado en el sentido de regulación y prestación de servicios públicos, como se analizará más adelante.

2.2 Aplicaciones Prácticas en el Metaverso

Considerando que el Metaverso es una evolución "natural" de Internet, las implicaciones prácticas son innumerables y, desde cierto punto de vista, inimaginables, ya que aún se considera un territorio desconocido e innovador. Sin embargo, se puede afirmar de entrada que el alcance y la capacidad de verdadera revolución de la sociedad son incuestionables y presentan numerosos desarrollos.

Existen varios ejemplos de aplicaciones prácticas actuales del Metaverso en los ámbitos de la salud, la educación y la cultura. Especialmente en relación con la educación, el Metaverso tiene un amplio espectro de oportunidades de beneficios, en particular y de manera más evidente, es la posibilidad de impartir clases de una manera más inmersiva, garantizando una experiencia más atractiva y productiva para los estudiantes.

En la gestión pública, en concreto, se apuntan las reuniones de trabajo virtuales, que tendrían la posibilidad de acercarse más a la realidad física, ya que permitiría a cada servidor, en entornos diferentes pero simultáneos, estar en el mismo espacio virtual, manteniendo contacto visual con los avatares de los demás, y no sólo delante de la pantalla del ordenador. La dimensión 3D es mucho más cercana a la realidad en la que vivimos y encierra la posibilidad de "teletransportarse" a la situación o ubicación deseada. A continuación, se describirán brevemente dos casos ya aplicados y en desarrollo en el entorno virtual.

2.2.1 El caso de Seúl y el proyecto piloto judicial en el Metaverso

En noviembre de 2021, las autoridades de Seúl anunciaron que la capital surcoreana sería la primera gran ciudad en entrar en el Metaverso. Bautizada provisionalmente como

¹² BALL, M. The Metaverse: And how it will revolutionize everything. New York: Liveright Publishing Corporation, 2022. s.p.

¹³ COSTA, C.T Anotações sobre o Metaverso. Revista USP, São Paulo, v. 1, n. 134, p. 197-222, 2022.

*Metaverse Seoul*¹⁴, la iniciativa pretende crear un "ecosistema" de comunicación virtual para todas las áreas del gobierno de su ciudad, que incluiría servicios económicos, culturales, turísticos, educativos y cívicos, en tres fases a partir de 2022.

La ciudad ha invertido unos 2.800 millones de euros en el proyecto, dentro del plan *Seoul Vision 2030*¹⁵, con el objetivo de convertirse en una ciudad de convivencia segura y líder mundial. Si el proyecto se lleva a la práctica, los ciudadanos de Seúl podrán ponerse los cascos de realidad virtual para conectar con las autoridades municipales, hacer consultas y recibir servicios públicos bajo un nuevo concepto y formato.

Incluso existe la posibilidad de participar en actos públicos. Además, las principales atracciones turísticas de Seúl, como la plaza Gwanghwamun, el palacio Deoksugung y el mercado Namdaemun, se introducirán en la "Zona Turística Virtual". En cuanto a los recursos históricos perdidos, como la Puerta de Donuimun (una de las cuatro puertas menores de la capital destruida en 1915), se recrearán en el espacio virtual.¹⁶ Y, a partir de 2023, los grandes festivales de Seúl, como el *Seoul Lantern Festival*¹⁷, estarán en el Metaverso para que puedan ser visualizados y disfrutados por todo el mundo.

En mayo de 2022, el proyecto piloto del Tribunal Laboral del Municipio de Colíder, en el Estado de *Mato Grosso*, inauguró su espacio en la plataforma virtual.¹⁸ El uso de la nueva tecnología amplía las opciones para un nuevo formato de audiencias virtuales, ya que se mejoran las características. A partir de ahora, sin embargo, el Metaverso permite que el acceso a la unidad judicial se ponga a disposición del público de una manera más amplia, a través de conferencias y visitas en el entorno virtual.

El 1º Juzgado del Trabajo de Ji-Paraná (RO), del Tribunal Regional del Trabajo de la 14ª Región también inauguró su espacio en el Metaverso en junio de 2022 con una conferencia sobre el trabajo infantil.¹⁹

¹⁴ Seoul, First Local Gov't to Start New-Concept Public Service with "Metaverse Platform". In: Seoul, 2021. Disponible en: <https://english.seoul.go.kr/seoul-first-local-govt-to-start-new-concept-public-service-with-metaverse-platform/>. Acceso el: 20 ene.2023.

¹⁵ GAUBERT, J. Seoul to become the first city to enter the metaverse. What will it look like? In: Euronews, 2021. Disponible en: <https://www.euronews.com/next/2021/11/10/seoul-to-become-the-first-city-to-enter-the-metaverse-what-will-it-look-like>. Acceso el: 20 ene.2023.

¹⁶ COSTA, C.T. Anotações sobre o Metaverso. Revista USP, São Paulo, v. 1, n. 134, p. 197-222, 2022.

¹⁷ COSTA, C.T. Anotações sobre o Metaverso. Revista USP, São Paulo, v. 1, n. 134, p. 197-222, 2022.

¹⁸ CALCINI, R; MORAES, L.B. de. Metaverso e suas futuras repercussões no Direito do Trabalho. In: Conjur, 2022. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-19/pratica-trabalhista-metaverso-futuras-repercussoes-direito-trabalho>. Acceso el: 23 nov. 2022.

¹⁹ *1º Vara do Trabalho de Ji-Paraná (RO) inaugura espaço no Metaverso com palestra sobre trabalho infantil*. In: TRT 14, 2022. Disponible en: <https://portal.trt14.jus.br/portal/noticias/1o-vara-do-trabalho-de-ji-parana-ro-inaugura-espaco-no-metaverso-com-palestra-sobrehttps://portal.trt14.jus.br/portal/noticias/1o-vara-do-trabalho-de-ji-parana-ro-inaugura-espaco-no-metaverso-com-palestra-sobre>. Acceso el: 20 ene.2023.

Teniendo en cuenta el contexto tecnológico que se está produciendo y con un enorme potencial de desarrollo, hay importantes implicaciones jurídicas que no se pueden descuidar, tema que se abordará en el próximo tema.

3. De La Administración Pública Digital Al Metaverso

3.1. Constitucionalismo Digital

La necesidad de reformular la interpretación constitucional y la Administración Pública desde una perspectiva digital/virtual parece ineludible. La sociedad contemporánea exige cada cierto tiempo un replanteamiento hermenéutico para que las normas y, sobre todo, los valores constitucionales se adapten y sean acordes con la nueva realidad, fruto de la combinación de movimientos sociales, políticos y jurídicos. Así, el constitucionalismo puede entenderse como la congregación de tales movimientos que conducen a la elaboración de constituciones, especialmente con la idea de "limitar el ejercicio del poder desde la concepción de mecanismos capaces de generar y garantizar el ejercicio de la ciudadanía"²⁰. El valor fundamental de las constituciones cambia constantemente a medida que la sociedad evoluciona y exige diferentes interpretaciones y soluciones para satisfacer las necesidades de los ciudadanos.

Por ello, es notorio el avance del constitucionalismo en etapas dependientes del contexto histórico, social y político: liberal, social y contemporáneo. Además de reconocer sus diferentes etapas, es imperativo admitir que cada una de ellas tiene aspectos propios - responsables de caracterizar, configurar y reflexionar sobre sus desarrollos.²¹

La dimensión virtual que se visualiza en el futuro próximo a través del Metaverso tiene la posibilidad de formar comunidades que pueden constituir lazos sociales que de otro modo serían imposibles o se habrían perdido, lo que es factible afirmar, según la conclusión de Stefano Rodotà,²² que "la virtualidad debe considerarse entonces como un aspecto de la realidad".

²⁰ STRECK, L.L. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 37.

²¹ CRISTÓVAM, J.S.; MACHADO, R.C.R.; SOUSA, T.P. Constitucionalismo e Administração Pública digitais: inovação tecnológica e políticas públicas para o desenvolvimento no Brasil. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 12, n. 2. p. 178-196, 2022. p. 182.

²² RODOTÀ, S. A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje. Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 121.

Así, se puede afirmar que el constitucionalismo moderno tiene una incuestionable vertiente digital,²³ fruto de la revolución tecnológica que se consolida y de la inevitabilidad de repensar los derechos fundamentales y las regulaciones normativas al respecto.

Giovanni De Gregorio²⁴ señala que la percepción de la tecnología, dentro de la Unión Europea, por ejemplo, ha pasado de una perspectiva económica liberal a una perspectiva constitucional, buscando no sólo regular las relaciones digitales, sino también encontrar el compromiso del derecho constitucional para reaccionar ante la amenaza de los derechos y la subversión del papel del Estado por parte de actores tecnológicos privados.

En este contexto, es posible observar varios mecanismos jurídicos y políticos para la protección de los derechos fundamentales en el ambiente virtual, como la reciente enmienda constitucional que incluyó la protección de datos personales como derecho fundamental.²⁵ Para Mendes y Fernandes, el constitucionalismo digital corresponde a "una corriente teórica del Derecho Constitucional contemporáneo que se organiza a partir de prescripciones normativas comunes para el reconocimiento, afirmación y protección de los derechos fundamentales en el ciberespacio".²⁶

Celeste considera que el constitucionalismo digital es la ideología que establece y asegura un cuerpo normativo para la protección de los derechos fundamentales y el equilibrio de poderes en el entorno virtual.²⁷

Por lo tanto, es imperativo avanzar para que el esbozo de dicha teoría se corresponda sustancialmente con la complejidad de las relaciones mediadas y experimentadas en el Metaverso. Esto es lo que se detallará en el siguiente punto, para retratar la indispensabilidad de la prestación de servicios públicos, también en este ámbito.

3.2. Imperativo Constitucional para La Implantación de Las Nuevas Tecnologías y la Inafastabilidad de los Servicios Públicos en el Metaverso

²³ TAKANO, C.C.; SILVA, L.G. O constitucionalismo digital e as novas tecnologias da informação e comunicação (TIC). Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias, v. 6, n. 1, p. 1-15, jan. /jun. 2020. Disponible en: <https://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/6392>. Acceso el: 20 ene.2022.

²⁴ GREGORIO, G. The rise of digital constitutionalism in the European Union. International Journal of Constitutional Law, Oxford, v. 1, n. 19, p. 41-70, ene.2019, p. 42. Disponible en: <https://academic.oup.com/icon/article/19/1/41/6224442>. Acceso el: 21 ene.2022.

²⁵ BRASIL. Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022. Brasília: Congresso Nacional, 2022. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc115.htm. Acceso el: 02 nov. 2022.

²⁶ MENDES, G.F.; FERNANDES, V.O. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, oct. 2020. Disponible en: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4103>. Acceso el: 13 abr. 2021.

²⁷ CELESTE, E. Digital constitutionalism: mapping the constitutional response to digital technology's challenges. SSRN Electronic Journal, [s. l.], p. 3-21, aug. 2018.

La nueva realidad exige del Estado capacidad de respuesta, adaptabilidad y, como *ultima ratio*, el deber de hacer efectivos los derechos fundamentales. La inserción del sector público en el entorno virtual nace del deber de relacionarse con los ciudadanos de forma eficiente, eficaz y efectiva, siempre con el objetivo del desarrollo sostenible. Así, facilitar el acceso a los servicios públicos y a la actividad administrativa *lato sensu* es una imposición constitucional.

En un intento de sintetizar lo que debería concebirse como constitucionalismo digital y su aplicación contemporánea de investigaciones estructuradas basadas en la aplicación de normas constitucionales, Cristóvam²⁸ sostiene que "la promoción del desarrollo democrático y sostenible se deriva del acceso a los derechos fundamentales a través de la mediación tecnológica, a través de la educación digital, a través de un diálogo gubernamental adecuado".

Así, como resultado del constitucionalismo digital y de la interpretación sistemática de la Constitución Federal, el panorama que se vive hoy exige que el Estado, los gestores públicos, los operadores jurídicos y la sociedad creen alternativas que permitan repensar la Administración Pública y las funciones que desempeña.

Además de la transformación dirigida a la Administración Pública simplemente digital, se requiere una nueva configuración de la actuación pública, sujeta a principios y directrices que orienten la actuación administrativa para las nuevas plataformas de ambiente virtual, entre ellas el Metaverso.

Cabe destacar también que el Objetivo 3.8 de la Agenda 2030 de la ONU está relacionado con la especificidad del servicio de salud, en el que la Resolución insta a los Estados Miembros a priorizar el desarrollo y mayor uso de las tecnologías digitales de salud como medio para promover la cobertura sanitaria universal y el desarrollo sostenible.²⁹

En las lecciones de Luiz Alberto Blanchet,³⁰ en consonancia con las rápidas transformaciones - ya sean tecnológicas, económicas, culturales, políticas o sociales - de cada sector regulado de la economía, el Estado debe asumir funciones cada vez más complejas que requieren una actuación eficiente, inteligente y cualificada, y debe considerar los aspectos técnicos y la satisfacción del interés público implicado.

²⁸ CRISTÓVAM, J.S.S.; SAIKALI, L.B.; SOUSA, T.P. Governo Digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. Revista Sequência, Florianópolis, n. 84, p. 209-242, abr. 2020, p. 183.

²⁹ AGENDA 2030. Saúde e bem-estar. S.d. Disponible en: <http://www.agenda2030.org.br/ods/3/>. Acceso el: 23 jun. 2021.

³⁰ BLANCHET, L.A.; BACELLAR, R.R. Desafios do direito administrativo no estado regulador. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 12, n.3, 2017, p. 1133.

En el contexto tecnológico actual, es inevitable el desempeño de nuevas funciones por parte de los agentes públicos, hacia la consolidación de instituciones establecidas tanto en el mundo físico como en el digital (como ya se ha observado) y virtual.

Con ello, se espera que la prestación de servicios públicos sea aún más integral y optimizada, posibilitando la inclusión social, la agilidad y la eficiencia en las soluciones para el desarrollo sostenible, transformando la forma en que la Administración Pública se relaciona con los ciudadanos".³¹

La mencionada reconfiguración de la gestión pública, para extender y ampliar su actuación, se deriva del deber de innovación, impuesto por el principio de eficiencia, establecido en el artículo 37 de la Constitución de 1988, y por el principio de oportunidad vinculado a la prestación de los servicios públicos, coherente con el mandato de implantación de las nuevas tecnologías.

En cuanto a la noción de eficiencia, Emerson Gabardo³² afirma que, a pesar de las controversias sobre su significado, su núcleo esencial reside en el deber de optimización administrativa. En continuidad, indica que circunscribir la optimización administrativa es una elección pública derivada del legislador.

Dicho esto, se puede inferir que la opción legislativa, a nivel constitucional, es por la creación de condiciones favorables y/o el máximo aprovechamiento de los instrumentos que puedan surgir y estén a disposición de la Administración Pública, fomentando así la aplicación de tecnologías de innovación y la garantía de los derechos sociales previstos - especialmente a través de la prestación de servicios públicos.³³ Los conceptos de eficiencia y desarrollo exigen que los derechos fundamentales se garanticen de la mejor manera posible, lo que implica el deber de prestar servicios públicos mediados por la tecnología y la Administración es responsable de adoptarla, no pudiendo invocar su complejidad (de la tecnología) para evitar la simplificación de normas y procedimientos.³⁴

Desde otra perspectiva, el derecho a la buena administración se erige como pauta y principio rector de la actualización de los servicios públicos. En este sentido, Jaime

³¹ SCHIEFLER, E.A.C.; CRISTÓVAM, J.S.S.; SOUSA, T.P. Administração Pública digital e a problemática da desigualdade no acesso à tecnologia. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, año 1, n. 2, p. 97-116, mayo/ago. 2020, p. 106.

³² GABARDO, E. Princípio da eficiência. *Enciclopédia jurídica da PUCSP: Direito constitucional e administrativo*. São Paulo: PUCSP, 2017. p. 05.

³³ CRISTÓVAM, J.S.S.; MACHADO, R.C.R.; SOUSA, T.P.. Constitucionalismo e Administração Pública digitais: inovação tecnológica e políticas públicas para o desenvolvimento no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 12, n. 2. p. 178-196, 2022, p. 185.

³⁴ SUNSTEIN, C. *Simpler: The Future of Government*. New York: Simon & Schuster, 2013. pp. 10-11.

Rodríguez-Arana Muñoz³⁵ señala que la buena administración debe estar abierta a la realidad, y que "la modernización supone una nueva forma de trazar las políticas y programas públicos, una nueva forma de prestar los servicios públicos; una nueva forma de realizar las demás funciones de una Administración Pública moderna".³⁶

En el mismo sentido entiende Daniel Hachem,³⁷ cuando sostiene que es necesario reorganizar la relación jurídico-administrativa para proporcionar el progreso y la satisfacción de los derechos sociales realizados a través de la prestación de los servicios públicos.³⁸

En consecuencia, la implementación de las nuevas tecnologías para posibilitar la prestación de los servicios públicos correspondientes a la actualidad (incluido el Metaverso) es un imperativo normativo, tanto a nivel constitucional como legal, derivado de las relaciones innovadoras y disruptivas contemporáneas, que la Administración Pública no puede eludir.

Consideraciones Finales

La inserción de nuevos hábitos socio-digitales o socio-virtuales conlleva un replanteamiento de las funciones, deberes y obligaciones de la Administración Pública. Las nuevas relaciones sociales, personales y empresariales que se establecen en la plataforma virtual condicionan a las instituciones públicas, con el fin de impulsar al sector público a readaptarse al nuevo escenario tecnológico que se evidencia.

A través de la hermenéutica constitucional, se ha pretendido demostrar que el constitucionalismo tiene hoy una innegable vertiente digital/virtual, que repercute en la instrumentalización de un nuevo formato para la garantía y efectividad de los derechos sociales fundamentales, a través de la oferta y prestación de servicios públicos en la plataforma virtual.

La implantación de las nuevas tecnologías es un imperativo constitucional que obliga al Estado a promover la prestación de los servicios públicos en entornos que se correspondan con los desarrollos tecnológicos, entre ellos el entorno virtual operacionalizado por Metaverso.

³⁵ RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 29.

³⁶ RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 103.

³⁷ HACHEM, D.W... *Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas*. Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, Santa Fe, v. 1, n. 1, p. 93-138, ene. /jun. 2014.

³⁸ Com o mesmo entendimento: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *La cláusula del Estado Social de Derecho y los derechos fundamentales sociales*. Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, Santa Fe, v. 2, n. 1, p. 155-183, ene. / jun. 2015.

Inevitavelmente, tal reconfiguração en el modelo de prestação de serviços suscita importantes debates e incertidumbres sobre cómo emergerá el Metaverso en la organización social y cómo se acomodará a las reglas jurídicas indispensables para su efectiva normalización.

De hecho, la realidad virtual desencadenada por el Metaverso añade una nueva capa de complejidad a las reflexiones jurídicas sobre todas las actividades que pueden desarrollarse en este nuevo entorno y sobre cómo protegerlas eficazmente.

En cualquier caso, la Administración Pública tiene el deber de garantizar y promover la eficiencia de los servicios públicos, centrada en los parámetros de servicio adecuado y de calidad y desarrollo sostenible, con el fin de garantizar y salvaguardar los derechos fundamentales, lo que se traduce en la constante actualización y modernización de sus servicios fácticos, ya sea en el entorno físico o virtual.

Referencias

1º Vara do Trabalho de Ji-Paraná (RO) inaugura espaço no Metaverso com palestra sobre trabalho infantil. In: TRT 14, 2022. Disponible en: <https://portal.trt14.jus.br/portal/noticias/1o-vara-do-trabalho-de-ji-parana-ro-inaugura-espaco-no-metaverso-com-palestra-sobre><https://portal.trt14.jus.br/portal/noticias/1o-vara-do-trabalho-de-ji-parana-ro-inaugura-espaco-no-metaverso-com-palestra-sobre>. Acceso el: 20 ene.2023.

AGENDA 2030. Saúde e bem-estar. S.d. Disponible en: <http://www.agenda2030.org.br/ods/3/>. Acceso el: 23 jun. 2021.

ARAGÃO, A.S. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BALL, M. The Metaverse: And how it will revolutionize everything. New York: Liveright Publishing Corporation, 2022. s.p.

BLANCHET, L.A.; BACELLAR, R.R. Desafios do direito administrativo no estado regulador. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 12, n.3, 2017.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022. Brasília: Congresso Nacional, 2022. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc115.htm. Acceso el: 02 nov. 2022.

BRASIL. Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos. Do Eletrônico ao Digital. 2019. Disponible en: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategia-de-governanca-digital/do-eletronico-ao-digital>. Acceso el: 29 sept. 2022.

CALCINI, R; MORAES, L.B. Metaverso e suas futuras repercussões no Direito do Trabalho. In: Conjur, 2022. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-19/pratica-trabalhista-metaverso-futuras-repercussoes-direito-trabalho>. Acceso el: 23 nov. 2022.

CARVALHO, D.B. Pioneirismo do Brasil: a história do transporte coletivo no mundo e a cerimônia do beija-mão. In: Daniel Bulha de Carvalho LinkedIn, 2022. Disponible en:

<https://pt.linkedin.com/pulse/pioneirismo-do-brasil-hist%C3%B3ria-transporte-coletivo-e-daniel?trk=pulse-article>. Acesso el: 29 sept. 2022.

CELESTE, E. Digital constitutionalism: mapping the constitutional response to digital technology's challenges. *SSRN Electronic Journal*, [s. l.]. p. 3-21, aug. 2018.

CORVALÁN, J.G... Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 26-66, mayo/ago. 2017.

COSTA, C.T. Anotações sobre o Metaverso. *Revista USP*, São Paulo, v. 1, n. 134, p. 197-222, 2022.

CRISTÓVAM, J.S.S; MACHADO, R.C.R; SOUSA, T.P.. Constitucionalismo e Administração pública digitais: inovação tecnológica e políticas públicas para o desenvolvimento no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 12, n. 2. p. 178-196, 2022.

CRISTÓVAM, J.S.S.; SAIKALI, L.B.; SOUSA, T.P.. Governo Digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. *Revista Seqüência*, Florianópolis, n. 84, p. 209-242, abr. 2020, p. 183.

GARCIA FILHO, J.C. Serviço público e direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 11-32, jul./sept. 2008.

RIBAS, P.H. O serviço público como meio de concretização de direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coord.). *Serviço público: estudos dirigidos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PIRES, L.M.F O Estado Social e Democrático e o serviço público: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GABARDO, E. Princípio da eficiência. *Enciclopédia jurídica da PUCSP: Direito constitucional e administrativo*. São Paulo: PUCSP, 2017.

GAUBERT, J. Seoul to become the first city to enter the metaverse. What will it look like? In: *Euronews*, 2021. Disponible en: <https://www.euronews.com/next/2021/11/10/seoul-to-become-the-first-city-to-enter-the-metaverse-what-will-it-look-like>. Acesso el: 20 ene.2023.

GREGORIO, G. The rise of digital constitutionalism in the European Union. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 1, n. 19, p. 41-70, ene.2019. Disponible en: <https://academic.oup.com/icon/article/19/1/41/6224442>. Acesso el: 21 ene.2022.

HACHEM, D.W. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.

HACHEM, D.W. Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 1, n. 1, p. 93-138, ene./jun. 2014.

MENDES, G.F.; FERNANDES, V.O. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*,

- Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4103>. Acesso el: 13 abr. 2021.
- PIRONTI, R; KEPPEM, M. Metaverso: novos horizontes, novos desafios. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, año 2, n. 3, p. 57-67, sept./dic. 2021.
- REIS, R. Desafios para o Brasil construir sua Sociedade 5.0. *Revista da Sociedade Brasileira de Computação: Artificialmente Humano ou Humanamente Artificial? Desafios da Sociedade 5.0*, n. 43, nov. 2020. Disponível em <https://sol.sbc.org.br/journals/index.php/comp-br/issue/view/238>. Acesso el: 23 mar. 2022.
- RODOTÀ, S. A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje. Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. Direito fundamental à boa Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SCHIEFLER, E.A.C; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Administração Pública digital e a problemática da desigualdade no acesso à tecnologia. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, año 1, n. 2, p. 97-116, mayo/ago. 2020.
- SCHIER, A.C.R. A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SCHIER, A.C.R. Regime Jurídico do Serviço Público: garantia fundamental do cidadão e proibição do retrocesso social. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.
- SCHIER, A.C.R. Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016.
- SEOUL, First Local Gov't to Start New-Concept Public Service with “Metaverse Platform”. In: Seoul, 2021. Disponível em: <https://english.seoul.go.kr/seoul-first-local-govt-to-start-new-concept-public-service-with-metaverse-platform/>. Acesso el: 20 ene.2023.
- STRECK, L.L.. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.
- SUNSTEIN, C.. *Simpler: The Future of Government*. New York: Simon & Schuster, 2013.
- TAKANO, C.C.; SILVA, Lucas Gonçalves da. O constitucionalismo digital e as novas tecnologias da informação e comunicação (TIC). *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, v. 6, n. 1, p. 1-15, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/6392>. Acesso el: 20 ene.2022.

El Impacto del VAR en el Fútbol Profesional y la Percepción de los Aficionados en las Redes Sociales¹

The impact of VAR in professional soccer and fans' Social Networks with their perceptions

Rafael Ribeiro Gonçalves²

Resumen: El objetivo principal del artículo es comprender el arbitraje asistente por video (VAR) y comprender si los aficionados perciben si el VAR sirve o no para minimizar el error humano y garantizar que las decisiones críticas, como goles, penaltis, tarjetas rojas e identificación de jugadores, se tomen de forma relativa y con la máxima precisión, respetando su adecuación a las reglas del juego. El enfoque metodológico es el documental, las fuentes históricas y hoja de cálculos. La investigación es exploratoria. En primer lugar, una visión general de la nueva tecnología - el VAR -, la norma legal en el fútbol, sus características, funcionamiento y tres principales impactos. En la segunda parte, el autor eligió tres casos de estudio en los que el VAR no ha funcionado a la perfección entre 2018 y 2023 y presentó la comunicación de las redes sociales para entender cómo los aficionados perciben el VAR.

Palabras-claves: Árbitros; FIFA; IFAB; Redes Sociales; VAR.

Abstract: The main objective is to understand video arbitration referees (VAR) and to understand if fans perceived whether VAR serves to minimize human error and ensure that critical decisions, such as goals, penalties, red cards and player's identification, are taken relatively and with maximum precision, respecting its adequacy to the game's rules. The methodological approach is documentary and historical sources. The research is explorative. First, an overview of the new technology, VAR, the legal standard in football. In this features, how it works, and the three main impacts of VAR. In the second part, the author chose three case studies in which VAR has not worked perfectly between 2018 and 2023 and presented the social network communication to understand the fans' perception of VAR.

Keywords: FIFA; IFAB; Referees; Social Network; VAR.

Sumario: Introducción. 1 Arbitraje Asistente por Video (VAR). 1.1 Estándares legales del VAR para el fútbol. 1.2 Sus rasgos característicos. 1.3 La operación del VAR. 1.4 Los impactos del VAR. 1.4.1 Interrupciones en el juego por el uso del VAR. 1.4.2 Influencia en las estrategias del equipo. 1.4.3 Impacto del VAR en las apuestas en vivo y *online*. 2 Estudios de casos de los equívocos del VAR. 2.1 2018 World Cup: Spain X Portugal. 2.2 2022 Copa de Brasil: Palmeiras X São Paulo. 2.3 2023 Women's World Cup: US X Sweden. Conclusiones principales. Referencias.

Introducción

De forma general, la tecnología ha ido transformando el mundo del fútbol de élite. El fútbol ha progresado hacia la aceptación de la implementación de tecnologías de ayuda a la toma de decisiones.

¹ El presente artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación del Master titulado: *¿Politics and Communication in Sports o Sports in Politics and Communication?* de la Universidad Católica Portuguesa.

² Estudiante de Master de Comunicación por la Universidad Católica Portuguesa. Licenciatura en Relaciones Internacionales por el *Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas* (ISCSP) de la *Universidade de Lisboa*, Lisboa, Portugal, con beca ERAMUS+ en *International Relations Institut Libre d'Étude des Relations Internationales et des Sciences Politiques* (ILERI) en 2022-2023, Paris, France. Investigator de *GINNS Research Group – Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability*. E-mail: s-rrpgoncalves@ucp.pt

El arbitraje asistente por video (VAR) fue autorizado por la FIFA y la IFAB desde el año 2005 en la copa mundial sub17 en Perú. Pero, los factores catalizadores para inclusión del VAR en el futbol de elite incluyen incidentes controvertidos, como el gol anulado de Frank Lampard en la Copa del Mundo de 2010, que presionó a la Federación Internacional de Fútbol Asociación (FIFA) para que introdujera una tecnología de ayuda en la toma de decisiones.³

Primero la Junta de la Asociación Internacional de Fútbol (IFAB) de la FIFA discutió la introducción de la tecnología de línea de gol (GLT) para determinar si el balón cruzó completamente la línea de gol y propuso varias pruebas para medir su precisión y confiabilidad en eso mismo año. Y, desde mayo de 2016, el Programa de Calidad de la FIFA organiza talleres para probar la eficacia del VAR, que emplea repeticiones instantáneas para aumentar la equidad en el fútbol.⁴

El 1 de septiembre de 2016 marcó un hito en la historia del fútbol cuando se utilizó el VAR durante un partido amistoso internacional entre Italia y Francia.⁵ Y durante la temporada 2016-2017, la Eredivisie holandesa realizó pruebas semi en vivo. Le siguieron otras ligas de élite, como la Bundesliga alemana, la Serie A italiana y la Primera Liga Portuguesa.

Después, en 2018, se ha introducido el VAR en las principales competiciones de fútbol de elite, como la Copa del Mundo masculina, la Premier League, la Bundesliga, la Europa League de la Unión de Asociaciones Europeas de Fútbol (UEFA), la Liga de Campeones de la UEFA, la Liga de Campeones Femenina y Copa del Mundo Masculina y Femenina.

En este contexto, el objetivo general es comprender cómo es la Regulación del VAR y verificar cómo es la comunicación con la audiencia sobre el uso del aparato por medio de las redes sociales cuanto a las controversias en el fútbol de élite. El problema es ¿cuál son los impactos de la tecnología VAR en el fútbol de élite?

³ BENÍTEZ, A.J.; ARMENTEROS, M.; SÁNCHEZ, M. “La observación del desempeño arbitral en fútbol por medio del vídeo. Metodología para el caso de los árbitros asistentes adicionales.” EFDeportes.com - Revista Digital. Buenos Aires, Año 15, n° 154, marzo de 2011. Disponible en <http://www.efdeportes.com/>. Acceso en 10 ago. 2023.

⁴ FIFA – Federación Internacional de Fútbol Asociación. “FIFA establishes a working group to develop next steps for VAR technology.” Inside FIFA - Innovation Roadmap, 2019. Disponible en <https://www.fifa.com/technical/football-technology/innovation-roadmap/fifa-establishes-working-group-to-develop-next-steps-for-var-technology>. Acceso en 24 jul. 2023.

⁵ FIFA - Federación Internacional de Fútbol Asociación. “La FIFA mène avec succès son premier test officiel "semi-live" avec des arbitres assistants vidéo (VAR).” Fifa News. Publicado en 02 de septembre de 2016. Disponible en <https://www.fifa.com/fr/news/fifa-holds-successful-first-official-semi-live-tests-with-video-assist-2-2830402>. Acceso en 24 jul. 2023.

El enfoque metodológico es el documental y las fuentes históricas. Nos basamos en la investigación de revisión literaria con bibliografías multidisciplinares, buscamos explicar y discutir el tema a partir de referencias teóricas nacionales e internacionales publicadas en artículos científicos y tesis, así como una amplia investigación documental de la comunicación de las redes sociales por medio de las redes sociales del autor. La investigación es exploratoria.

El estudio se limita a las cuestiones de regulación del VAR y comunicación de los aficionados. No es una investigación de campo porque apenas fueran usadas las redes sociales del autor, para hacer la observación, o que disminuí el escopo de estudio y puede afectar las conclusiones. Para comprender el impacto de la comunicación con los aficionados fueron elegidos tres casos del futbol para estudio. La elección fue basada en casos encontrados en la bibliografía estudiada porque uno de los resultados buscados en la investigación es entender si la percepción de los aficionados es que el VAR sirve o no para minimizar el error humano y lograr que las decisiones críticas, como goles, penaltis, tarjetas rojas e identificación de jugadores, se tomen de forma relativa y con la máxima precisión, respetando su adecuación al reglamento del juego.

1 Arbitraje Asistente por Video (VAR)

El arbitraje asistente por video (VAR) tiene como antecedentes, entre otros, el GPS, EPTS y el sistema tecnológico para la detección de goles (DAG).⁶ La tecnología VAR consiste en un sistema auxiliar de arbitraje, basado en cámaras de vídeo de alta resolución, que monitoriza jugadas y decisiones en tiempo real en los partidos de fútbol. Un grupo de árbitros especializados opera este sistema, con acceso a diferentes cámaras y ángulos, lo que permite un análisis minucioso de las jugadas.

1.1 Estándares Legales del VAR para el Fútbol

En 2017, fueron creadas las primeras normas reguladoras del VAR para el fútbol, después de probar su eficacia en el año anterior. La FIFA evalúa los aspectos técnicos de los sistemas de video arbitraje por medio de su Programa de calidad de la tecnología VAR. Y

⁶ FIFA – Federación Internacional de Fútbol Asociación. “FIFA establishes a working group to develop next steps for VAR technology.” Inside FIFA - Innovation Roadmap, 2019. Disponible en <https://www.fifa.com/technical/football-technology/innovation-roadmap/fifa-establishes-working-group-to-develop-next-steps-for-var-technology>. Acceso en 24 jul. 2023.

hicieran varios experimentos con los árbitros asistentes de vídeo⁷ y la incluyeran en las reglas de juego 2018/2019.⁸

Las Reglas de Juego (Law 5.4) recogieron por primera vez el uso del VAR en su edición de 2018/19.⁹ En seguida, establecerán lo Protocolo del VAR.¹⁰ Las reglas del juego están siempre en desarrollo y a cada bienio cambian porque la tecnología evoluciona porque la finalidad del VAR es la reducción de errores en el arbitraje - el uso del VAR contribuye a la reducción de errores humanos, haciendo que las decisiones sean más justas y precisas visando favorecer la integridad deportiva y minimizar las frustraciones de aficionados y profesionales.¹¹

1.2 Sus Rasgos Característicos

Con el objetivo de ayudar a los organizadores de competiciones a aplicar la tecnología, la FIFA y el IFAB pusieron en marcha el Programa de Ayuda y Aprobación de la Implantación del VAR (IAAP), que facilita que haya coherencia cada vez que se introduce el video arbitraje en una nueva competición. También permite afrontar los desafíos que conlleva usar esta tecnología y supervisar los programas de formación de usuarios y responsables técnicos.¹²

Actualmente existen dos variantes de esta tecnología: el de los sistemas de VAR completos, que requieren un mínimo de cuatro cámaras (sin límite máximo), y el del VAR simplificado, para el que hacen falta entre cuatro y ocho cámaras y en el que el propio asistente de vídeo maneja el sistema.¹³

1.3 La Operación del VAR

⁷ IFAB – International Football Association Board. Experimento con árbitros asistentes de vídeo (AAV) Principales aspectos prácticos. 2017. Y IFAB – International Football Association Board. Experimento con árbitros asistentes de vídeo (AAV). Protocolo (Resumen). 2017.

⁸ IFAB – International Football Association Board. Reglas del Juego 2018/2019. Disponible en <https://downloads.theifab.com/downloads/reglas-de-juego-2018-19?l=es>. Acceso en 2 ago. 2023.

⁹ IFAB – International Football Association Board. Law 5 – Video Assistant Referee VAR. Disponible en <https://www.theifab.com/es/laws/latest/the-referee/#video-assistant-referee-var>. Acceso en 15 Jul. 2023.

¹⁰ IFAB – International Football Association Board. VAR Protocol. Disponible en <https://www.theifab.com/laws/latest/video-assistant-referee-var-protocol/>. Acceso en 20 Jul. 2023.

¹¹ PALOMAR, A. “El VAR: su incidencia en la interpretación de las reglas de juego y la disciplina.” Iusport. Publicado en 25 de octubre de 2018. Disponible en <https://iusport.com/art/72947/el-var-su-incidencia-en-la-interpretacion-de-las-reglas-de-juego-y-la-disciplina>. Acceso en 22 Jul. 2023.

¹² FIFA – Federación Internacional de Fútbol Asociación. “Programa de Ayuda y Aprobación de la Implantación del VAR (IAAP).” Inside FIFA – Technology Standards, 2018. Disponible en <https://www.fifa.com/es/technical/football-technology/standards/video-assistant-referee/var-iaap-technology>. Acceso en 4 ago. 2023.

¹³ IFAB – International Football Association Board. Reglas del Juego 2023/2024. Disponible en <https://downloads.theifab.com/downloads/reglas-de-juego-2023-24?l=es>. Acceso en 2 ago. 2023.

El VAR comprende un equipo estacionado en una sala de operaciones de video que verifica y asiste en las decisiones de los árbitros en el campo en cuatro incidentes que cambian el juego: decisiones de gol, decisiones de penalización, incidentes de tarjetas rojas y errores de identidad.¹⁴

Usando unos auriculares, el árbitro principal puede pedir apoyo a el árbitro asistente de vídeo (VAR). Todas las decisiones de los árbitros asistentes, como el VAR, son solo de asesoramiento para el árbitro; sus decisiones no son vinculantes y el árbitro puede anular la decisión de un asistente.¹⁵

El VAR también puede informar al árbitro que se debe revisar una decisión o un incidente. Entretanto, no puede ser llamado por el árbitro para dar una opinión sobre los asuntos que el árbitro ya puntuó. El árbitro principal puede decidir estudiar, seguir o ignorar la sugerencia del VAR sobre el incidente en las imágenes de video. La decisión final queda en manos del árbitro principal.¹⁶

Se podrán designar para un partido otros miembros del equipo arbitral cómo: (i) dos árbitros asistentes; (ii) el cuarto árbitro; (iii) dos árbitros asistentes adicionales; (iv) el árbitro asistente de reserva; (v) el árbitro asistente de vídeo (VAR); y (vi) al menos un asistente del VAR (AVAR).¹⁷

1.4 Los principales Impactos del VAR “Dentro y Fuera de la Cancha”

En eso ítem presentársela apenas tres principales impactos, entre otros que existen: (i) interrupciones en el juego por el uso del VAR; (ii) influencia en las estrategias del equipo; y (iii) impacto del VAR en las apuestas.

1.4.1 Interrupciones en el Juego por el Uso del VAR

El promedio de tiempo estimado para cada revisión del VAR es de un minuto, de acuerdo a los datos de la IFAB.¹⁸ El VAR afecta a la fluidez y al ritmo natural del juego, pues en un deporte en vivo, sin tiempos muertos, sin pausas comerciales y con pocas paradas

¹⁴ IFAB – International Football Association Board. VAR Protocol. Disponible en <https://www.theifab.com/laws/latest/video-assistant-referee-var-protocol/>. Acceso 20 jul. 2023.

¹⁵ EZURMENDIA ALVAREZ, J; VALENZUELA SALDIAS, J. “Deporte, prueba y decisión arbitral: Sobre la asistencia en video.” Rev. Chil. Derecho Tecnol., Santiago de Chile, v. 9, n. 2, p. 57-72, dic. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2020.54706>.

¹⁶ IFAB – International Football Association Board. Law 5 – Video Assistant Referee VAR. Disponible en <https://www.theifab.com/es/laws/latest/the-referee/#video-assistant-referee-var>. Acceso 15 Jul. 2023.

¹⁷ DIAZ, A. VAR: Conceptos Básicos de Derecho Deportivo. Publicado en 16 de julio de 2018. Disponible en <http://www.dihuris.es/2018/07/16/var/>. Acceso en 16 jul. 2023.

¹⁸ IFAB – International Football Association Board. Reglas del Juego 2023/2024. Disponible en <https://downloads.theifab.com/downloads/reglas-de-juego-2023-24?l=es>. Acceso en 2 ago. 2023.

naturales prolongadas como lo es el fútbol, ese lapso de tiempo entre la revisión y la sentencia definitiva permite a los entrenadores y jugadores comunicarse y transmitirse información sobre las tendencias del partido, consejos de los entrenadores o sobre los ajustes que deben hacerse en una situación determinada.¹⁹

Desde su implementación, el VAR ha provocado acalorados debates sobre su impacto en los partidos de fútbol. Las opiniones sobre el VAR están divididas. Torres cree que el sistema, reduciendo el margen de error humano, trajo mayor equidad al fútbol, lo que favorece la integridad deportiva.²⁰ Garrido argumenta que la aplicación del VAR en ocasiones puede ser inconsistente, discriminatoria, generando controversia y que el VAR interrumpe la fluidez del juego y quita algo de la emoción y el debate característicos del fútbol.²¹

Es verdad que la revisión de jugadas por parte del VAR puede ocasionar pausas temporales, que pueden afectar el ritmo y la dinámica del juego, “además de que estas pausas pueden generar impaciencia en los simpatizantes y jugadores.”²² Holder, entre otros, añade que para ser justos con los aficionados que pagan dentro de los estadios, lo que los árbitros deberían empezar a hacer “es pedir que las repeticiones se reproduzcan en las pantallas en lugar de en los monitores de la zona de juego”²³ (traducción libre). Y aún Winand, entre otros, prueba que esta es una situación totalmente insatisfactoria y molesta para todos los que han pagado una entrada, pues es absurdo que la gente en los estadios obtenga menos información y menos visibilidad que la gente que observa el fútbol desde su casa.²⁴

¹⁹ VALE, A.S.. “Analysis of Video Assistant Referee (VAR) in Football.” Dissertation of Master in Information Management School. Instituto Superior de Estatística e Gestão de Informação. Universidade Nova de Lisboa. 2022. Disponible en: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/148992/1/TGI1603.pdf>. Acceso en 7 ago. 2023.

²⁰ TORRES, J.M.F.. “Análisis, actualidad e incidencias del VAR en el fútbol profesional, amateur y de base/cantera.” Asociación Española de Derecho Deportivo. Publicado en 25 de octubre de 2018. Disponible en <https://aedd.org/noticias-derecho-deportivo/comentarios-de-actualidad-sobre-derecho-deportivo/item/939-analisis-actualidad-e-incidencias-del-var-en-el-futbol-profesional-amateur-y-de-base-cantera>. Acceso en 16 jul. 2023.

²¹ GARRIDO, I.V.. “La toma de decisión arbitral con VAR.” *Revista Española de Derecho Deportivo*. Vol. 50 (02/2022). Publicado en 26 de septiembre 2022. Madrid: Editorial REUS. DOI: <https://doi.org/10.30462/redp-2022-02-03-881>

²² GARRIDO, I.V.. “La toma de decisión arbitral con VAR.” *Revista Española de Derecho Deportivo*. Vol. 50 (02/2022). Publicado en 26 de septiembre 2022. Madrid: Editorial REUS. DOI: <https://doi.org/10.30462/redp-2022-02-03-881>

²³ HOLDER, U.; EHRMANN, T.; KÖNIG, A. Monitoring experts: insights from the introduction of video assistant referee (VAR) in elite football. *J Bus Econ* 92, 285–308 (2022). DOI: <https://doi.org/10.1007/s11573-021-01058-5>. En este mismo sentido, Ellis, Hamsund y Scelles opinan que sería conveniente que los árbitros explicaran su lógica detrás de las decisiones que han tomado. ELLIS, G. “VAR and its Impact on Football.” *The Sports Despatch*. Publicado en 28 de agosto de 2019. Disponible en: <https://thesportsdespatch.com/var-and-its-impact-on-football>. Acceso en 7 ago. 2023 y HAMSUND, Tommy; SCELLES, Nicolas. Fans’ Perceptions towards Video Assistant Referee (VAR) in the English Premier League. *J. Risk Financial Manag.* 2021, 14(12), 573. DOI: <https://doi.org/10.3390/jrfm14120573>.

²⁴ Winand, entre otros, investigó la satisfacción de los aficionados al fútbol con el VAR. Empleó una encuesta en línea de 320 aficionados del fútbol en 2017 para evaluar su satisfacción con el VAR, el nivel de identificación con su equipo favorito, el grupo que disfruta debatir los eventos de los partidos y la actitud hacia las tecnologías de ayuda a la toma de decisiones en los deportes. WINAND, Mathieu; SCHNEIDERS,

1.4.2 Influencia en las Estrategias del Equipo

Esclareció Bartiromo que el VAR ha modificado la confianza en dos de los actores principales del juego: el árbitro y los jugadores: (i) árbitro: gracias al VAR, los árbitros tienen mayor confianza al señalar un penalti, pues se sienten respaldados por la tecnología y sin temor a represalias a causa de un error y (ii) jugadores: la aparición del VAR ha hecho que un jugador en busca de una penalización por cualquier tipo de contacto sentido se sienta seguro de que el VAR lo respaldará y, al contrario, cualquier jugador en busca de una penalización dentro del área pensará dos veces antes de fingir un contacto, considerando que la repetición del VAR puede poner en peligro su credibilidad e imagen, pudiendo incluso ser amonestado por simulación.²⁵

Explicó Reynolds que el VAR ha generado impactos a nivel psicológico respecto del comportamiento de los jugadores y entrenadores en la competición de alto nivel - se basa en cada cambio en las reglas de un juego.²⁶ Porque “con el VAR en acción, los equipos pueden ajustar sus estrategias, ya que los jugadores saben que todas las acciones son analizadas”²⁷ (traducción libre). Y incluso en la forma en la que se aplican las reglas afecta a las acciones de los jugadores y directivos, pues supone un cambio en los aspectos psicológicos del deporte y de los propios deportistas.²⁸

Christopher; MERTEN, Sebastian; MARLIER, Mathieu. “Sports fans and innovation: An analysis of football fans’ satisfaction with video assistant refereeing through social identity and argumentative theories.” *Journal of Business Research*, Volume 136, 2021, pp. 99-109. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2021.07.029>.

²⁵ BARTIROMO, A. "The impact of VAR on penalties." *American Soccer Analysis*. Publicado en 13 de Junio de 2019. Disponible en: <https://www.americansocceranalysis.com/home/2019/6/6/the-impactof-var-on-penalties>. Acceso en 8 ago. 2023.

²⁶ REYNOLDS, A. "Potential Strategic Consequences of Introducing Video Assistant Referees (VAR) in Top-Level Professional Football Coaching." *Spielverlagerung*. Publicado en 10 de julio de 2019. Disponible en: <https://spielverlagerung.com/2019/07/10/potentialstrategic-consequences-of-var/>. Acceso en 7 ago. 2023. La opinión de Reynolds se basa en cada cambio en las reglas de un juego. Miren que la opinión de Reynolds es factible porque las reglas cambiaran de 2018 para 2023. Pero no cuanto a las funciones del árbitro principal en uso del VAR. IFAB – International Football Association Board. Reglas del Juego 2018/2019. Disponible en <https://downloads.theifab.com/downloads/reglas-de-juego-2018-19?l=es>. Acceso en 2 ago. 2023 y IFAB – International Football Association Board. Reglas del Juego 2023/2024. Disponible en <https://downloads.theifab.com/downloads/reglas-de-juego-2023-24?l=es>. Acceso en 2 ago. 2023.

²⁷ REYNOLDS, A. "Potential Strategic Consequences of Introducing Video Assistant Referees (VAR) in Top-Level Professional Football Coaching." *Spielverlagerung*. Publicado en 10 de julio de 2019. Disponible en: <https://spielverlagerung.com/2019/07/10/potentialstrategic-consequences-of-var/>. Acceso en 7 ago. 2023. En ese mismo sentido, Spitz, Wagemans, Memmert, Williams y Helsen opinan que ahora los equipos ajustan sus estrategias por causa del VAR. SPITZ, Jochim; WAGEMANS, Johan; MEMMERT, Daniel; WILLIAMS, A. Mark; HELSEN, Werner F. “Video Assistant Referees (VAR): The impact of technology on decision making in association football referees.” *Journal of Sports Sciences*, 39:2, 2021, 147-153, DOI: <https://doi.org/10.1080/02640414.2020.1809163>.

²⁸ REYNOLDS, A. "Potential Strategic Consequences of Introducing Video Assistant Referees (VAR) in Top-Level Professional Football Coaching." *Spielverlagerung*. Publicado en 10 de julio de 2019. Disponible en: <https://spielverlagerung.com/2019/07/10/potentialstrategic-consequences-of-var/>. Acceso en 7 ago. 2023.

1.4.3 Impacto del VAR en las Apuestas en Vivo y Online

Debido al uso del VAR, las decisiones tomadas en el campo se vuelven más precisas, lo que puede afectar directamente los resultados de los partidos y, en consecuencia, el resultado de las apuestas. Explicó Cronin que las quejas de los operadores de apuestas señalan que la tecnología del VAR se ha aplicado de manera inconsistente en varias competiciones, lo que hace difícil obtener información clara sobre por qué o cuándo pueden producirse tales intervenciones.²⁹

Por ejemplo, en la página oficial de *Chelsea FC online*, en 2020, se expone que, según los principales corredores de apuestas, la introducción de la tecnología de video arbitraje ha impactado en el proceso de apuestas en vivo, sobre todo en las apuestas que se generan tanto por la Copa Mundial de la FIFA como por La Liga de Campeones de la Unión de Asociaciones Europeas de Fútbol UEFA.³⁰

Parece que la raíz de los cambios que ha generado el VAR es que “algunas empresas como *Key Bet* han tenido que tomar medidas para evitar que sus clientes retiren de sus apuestas en vivo hasta que el juego termine, pues la empresa ha pagado goles que luego fueron anulados por las revisiones del VAR”³¹ (traducción libre).

Explicó Cronin que otro gran problema al que se enfrentan las casas de apuestas de fútbol se refiere a los datos de orientación.³² Por esta razón, se ha vuelto difícil para los operadores de apuestas poner un precio a sus ofertas de apuestas en vivo para el fútbol. Peor, en el mercado de las apuestas *online*. Eso hace que los operadores pierdan clientes cuando estos están descontentos con una determinada decisión.³³

²⁹ CRONIN, B. "Bookmakers say VAR is disrupting in-play football markets, call for richer official data." Sport Business. Publicado en 25 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.sportbusiness.com/news/bookmakers-say-var-disrupting-in-play-footballmarkets-call-for-richer-official-data/>. Acceso en 6 ago. 2023.

³⁰ CHELSEA FOOTBALL CLUB. "How has VAR technology affected football betting?" Chelsea FC Online. 2018. Disponible en: <http://chelseafconline.com/2020/02/how-var-technology-has-affected-football-betting/>. Acceso en 4 ago. 2023.

³¹ CHELSEA FOOTBALL CLUB. "How has VAR technology affected football betting?" Chelsea FC Online. 2018. Disponible en: <http://chelseafconline.com/2020/02/how-var-technology-has-affected-football-betting/>. Acceso en 4 ago. 2023.

³² Cronin explica que las casas de apuestas trabajan sobre datos: (i) de orientación oficial; y (ii) de orientación no oficiales. Los oficiales resultan ser más costosos, pero ahora cuentan con la ventaja de tener información más precisa acerca de las revisiones del VAR. Los no oficiales normalmente son menos costosos, pero a raíz de los cambios e inconsistencias del VAR, también son menos fiables y menos precisos. CRONIN, B. "Bookmakers say VAR is disrupting in-play football markets, call for richer official data." Sport Business. Publicado en 25 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.sportbusiness.com/news/bookmakers-say-var-disrupting-in-play-footballmarkets-call-for-richer-official-data/>. Acceso en 6 ago. 2023.

³³ CRONIN, B. "Bookmakers say VAR is disrupting in-play football markets, call for richer official data." Sport Business. Publicado en 25 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.sportbusiness.com/news/bookmakers-say-var-disrupting-in-play-footballmarkets-call-for-richer-official-data/>. Acceso en 6 ago. 2023.

2 Estudios de Casos de los Equívocos del VAR

Algunos procesos de revisión del VAR han generado confusión y descontento en los aficionados porque la decisión final, misma que sea un error, es siempre del árbitro principal. Esto parece que se debe a que el protocolo de funcionamiento del VAR que hace tanto la multitud en el estadio, como los aficionados desde casa, se encuentren completamente confundidos en cuanto a la decisión a la que se llegará y en cómo se ha llegado a aquella conclusión.³⁴

Abajo, se presentan algunos estudios de casos que prueban como los clubs, la prensa online y los aficionados están a percibir el funcionamiento del VAR.

2.1 2018 World Cup: Spain X Portugal

La primera referencia de video en la historia de la Copa del Mundo ocurrió en Sochi durante el primer partido del Grupo B entre España y Portugal. En el minuto 24, el delantero español Diego Costa golpeó al defensa Pepe y le dio un codazo en la cara. El defensa cayó al suelo y, en la secuencia de la jugada, Costa envió el balón al ángulo de la red. Mientras España celebraba el empate 1-1 del partido, el árbitro Gianluca Rocchi consultó al VAR y le preguntó si había visto algo malo en la jugada. El VAR, que en ese momento estaba sentado en una sala de operaciones de video en Moscú, a 1.620 kilómetros de distancia de la acción, respondió que todo estaba bien. El gol se dejó plantar. Eso sí, los críticos apuntan a incidentes en los que el VAR no consiguió rectificar la decisión del árbitro, como un encontronazo entre Costa y Pepe antes del gol de España.³⁵

El uso del VAR está restringido a lo que se define como errores claros y evidentes, cómo el apuntado arriba. Pero, mismo con el uso del VAR, esa situación cambió el resultado del partido.³⁶ Y más, esta infracción injusta no marcada por el árbitro principal después de pedir la opinión del VAR generó mucho contenido en las redes sociales de los aficionados. Y hasta algunos trabajos científicos sobre la cuestión.

³⁴ ELLIS, G. "VAR and its Impact on Football." The Sports Despatch. Publicado en 28 de agosto de 2019. Disponible en: <https://thesportsdespatch.com/var-and-its-impact-on-football>. Acceso en 7 ago. 2023.

³⁵ GREZ, Matias. "Rewriting football history – with the help of VAR." CNN Sport News. Publicado en 2 de marzo de 2018. Disponible en <https://edition.cnn.com/2018/03/02/football/historic-football-moments-changed-by-var/index.html>. Acceso en 24 jul. 2023.

³⁶ "Fue una falta clara", dijo Fernando Santos, el técnico de Portugal, después del partido. Incluso el español Diego Costa estuvo de acuerdo: 'Lo vi después. Podría dar una falta. Es la interpretación del árbitro'. Al ser consultado sobre el VAR, agregó: 'No me gusta... Hice un gol, pero no sabía si celebrarlo o no. Si hay una parte cuestionable de la jugada, no la celebres'. puede hacerte parecer estúpido". MEDEIROS, João. "The inside story of how FIFA's controversial VAR system was born - The Dutch Refereeing 2.0 project created goal-line technology. Its next creation – VAR – has proven to be more divisive among footballers, fans and pundits at the Russian World Cup." Wired-UK. Publicado en 23 de junio de 2018. Disponible en <https://www.wired.co.uk/article/var-football-world-cup>. Acceso en 25 jul. 2023.

Bertin, entre otros autores, discute el estado de la estrategia de gestión de identidad de las creencias de conspiración de los aficionados del deporte, utilizando la plataforma Twitter.³⁷ Su artículo utilizó un análisis de 2768 tuits que exploraran las teorías de conspiración del VAR durante la Copa del Mundo de 2018. Lo autor descubrió que los tuits estaban fuertemente asociados con etiquetas que se referían a la autocategorización a nivel de grupo, lo que respalda la noción de que las creencias de conspiración son desencadenadas por contextos que amenazan la identidad social de uno. Los tuits de conspiración también se correlacionaron con tuits que expresaban escepticismo contra el VAR, lo que sugiere que las creencias de conspiración podrían estar relacionadas con otras estrategias de gestión de identidad de los aficionados al deporte.³⁸

Petersen-Wagner y Ludvigsen han examinado las reacciones de más de 300.000 comentarios de 31 videos en YouTube de los aficionados.³⁹ Argumentan algunos aficionados que el VAR es una herramienta tecnológica neocolonial. Los aficionados reconocieron que el VAR favorece a los equipos del Norte Global y que mejora las posibilidades de ganar de los equipos del Norte Global.⁴⁰ O sea, el VAR generó más teorías de conspiración en esa Copa do que en cualquier otra antes o después.

2.2 2022 Copa de Brasil: Palmeiras X São Paulo

La CBF difundió en redes sociales el audio del VAR del partido de vuelta de los octavos de final, generando polémica en la eliminación de Palmeiras. El VAR no volvió a ver la línea de fuera de juego antes del penalti. La cuestión es la siguiente: el VAR tendría que indicar una oferta separada, para verificar la dimensión total de la jugada y no una oferta

³⁷ BERTIN, P; DELOUVÉE, S; MCCOLL, K; VAN PROOIJEN, J.W. “Rage against the machine: investigating conspiracy theories about the video assistant referee on Twitter during the 2018 FIFA World Cup.” *Sport Management Review*, 26:4, 2022, pp. 495-516. DOI: <https://doi.org/10.1080/14413523.2022.2127179>.

³⁸ “Durante la Copa Mundial de la FIFA 2018, las teorías de conspiración alegando que el VAR se utilizó de motivos malévolos ganaron popularidad en Twitter” (traducción libre). BERTIN, P; DELOUVÉE, S; MCCOLL, K; VAN PROOIJEN, J.W. “Rage against the machine: investigating conspiracy theories about the video assistant referee on Twitter during the 2018 FIFA World Cup.” *Sport Management Review*, 26:4, 2022, pp. 495-516. DOI: <https://doi.org/10.1080/14413523.2022.2127179>.

³⁹ Los autores emplearan un enfoque sociológico digital para comprender cómo los aficionados experimentaron el VAR. Y pudieran dividir los comentarios en tres categorías principales creadas pelos autores: (i) Norte Global vs Sur Global; (ii) No Neutralidad de la Tecnología; y (iii) VAR está matando el juego hermoso. PETERSEN-WAGNER, Renan; LUDVIGSEN, J.A.L. “The video assistant referee (VAR) as neo-coloniality of power? Fan negative reactions to VAR in the 2018 FIFA Men’s World Cup.” *Sport in Society*, 26:5, 2023, pp. 869-883, DOI: <https://doi.org/10.1080/17430437.2022.2070481>.

⁴⁰ “El análisis matizado de la tecnologización del deporte muestra cómo los aficionados experimentaron el VAR como un artefacto que implementa el poder y proporcionó un lugar para que surgieran movimientos anti sistémicos vagamente definidos” (traducción libre). PETERSEN-WAGNER, R; LUDVIGSEN, J.A.L.. “The video assistant referee (VAR) as neo-coloniality of power? Fan negative reactions to VAR in the 2018 FIFA Men’s World Cup.” *Sport in Society*, 26:5, 2023, pp. 869-883, DOI: <https://doi.org/10.1080/17430437.2022.2070481>.

ajustada. Fue un error de los árbitros del VAR que hasta fueron suspendidos. Pero era tarde porque lo Palmeiras se fue de la Copa de Brasil de 2022.⁴¹

Cuando el audio fue para las redes sociales, los comentarios de los aficionados demuestran que los cambios tecnológicos han transformado drásticamente la forma en que se producen y consumen los eventos deportivos contemporáneos en todo el mundo y como el VAR también está polarizando las discusiones de los aficionados en Brasil. Instantáneamente, surgirán 136 comentarios negativos al VAR como tecnología y 372 críticos sobre la polémica arbitraje, inclusive de aficionados de otros clubs que mostraban su indignación.⁴² Otra característica es que los aficionados con mayor identificación con su equipo favorito (mismo diferente de Palmeiras) estaban menos satisfechos con el VAR y eran más vehementes en sus comentarios en YouTube.⁴³

2.3 2023 Women's World Cup: US X Sweden

Los 120 minutos completos de acción fueron insuficientes para separar a EE. UU. y Suecia, lo que los llevó a la tanda de penaltis. Entonces, después de que Kelly O'Hara se perdiera el séptimo saque de salida de EE. UU. en la tanda de penaltis, Lina Hurtig dio un paso al frente para tratar de llevar a Suecia a los cuartos de final. Hurtig disparó hacia su izquierda, pero la guardameta de EE. UU. Alyssa Naeher parecía estar a la altura mientras se lanzaba hacia su derecha. Sin embargo, Naeher solo logró llevar el balón con la palma hacia arriba y, de manera crucial, no pasó por encima del travesaño. Cuando la gravedad llevó la pelota a la tierra, el giro hacia atrás hizo que la pelota cayera hacia la portería. Naeher se apresuró a sacar el balón de la red. Pero Hurtig insistió en que el balón había cruzado la línea y se le podía ver pidiéndole al árbitro que revisara.⁴⁴

⁴¹ Glenda Kozlowski y Elia Júnior analizan la polémica en *Esporte Band* y el artículo fue publicado en YouTube. ESPORTE NA BAND. "CBF admite erro e divulga áudio do VAR da partida entre Palmeiras e São Paulo." Publicado en 17 de julio de 2022. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=8_qEXWegnoY. Acceso en 18 ago. 2023.

⁴² En 12 de agosto de 2023 son 399 comentarios. En 2022, en el momento del postaje del audio fueran 378 comentarios. El autor ha dividido los comentarios en dos grupos: (i) aficionados de Palmeiras; y (ii) no aficionados de Palmeiras. Y también en comentarios negativos al VAR como tecnología y al arbitraje (sea al árbitro principal sea al árbitro VAR, sin distinción). GONÇALVES, Rafael Ribeiro. Hojas de Cálculos de Comentarios de YouTube sobre Copa de Brasil de 2022 - Palmeiras Vs Paulo (Documento de Trabajo 2023.08.001). Ejecutado en Jul/Ago. Producción Técnica ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación del Máster titulado *Politic and Communication in Sports o Sports in Politics and Communication?* Universidad Católica Portuguesa. Acceso restringido.

⁴³ Todas las informaciones de este ítem son hechas con base en la hoja de cálculos elaborada por el autor, porque aún no ha artículos académicos publicado sobre el tema.

⁴⁴ ROBERTSON, T. "VAR BLIMEY Watch the narrowest VAR call in history knock the USA out of the Women's World Cup after a bizarre Sweden penalty." *The U.S. Sun – Sports*. Publicado en 06 de agosto de 2023. Disponible en <https://www.the-sun.com/sport/8777285/watch-var-knock-uswnt-world-cup-sweden/>. Acceso 8 ago. 2023.

Luego de una verificación tecnológica en la línea de gol, el árbitro declaró que el balón había cruzado la línea, provocando un caos entre los jugadores suecos que ganaron 6-5 en los penaltis. Las imágenes del VAR después de la tanda de penaltis mostraron lo increíblemente reñida que fue la decisión, con el balón pasando por encima de la línea por un margen mínimo. Y se vio a las jugadoras suecas mirando la decisión estrecha en el vestuario después del partido, amontonadas alrededor de un teléfono móvil que mostraba la decisión.⁴⁵

Dado la producción y el consumo de los espectáculos globales, la hiperdigitalización de los megaeventos deportivos ha ido más allá de la transmisión tradicional por televisión y radio.⁴⁶ Cuales quierdas redes sociales pueden se presentar cómo una ventana para examinar la experiencia del tiempo y el espacio relacionados con los megaeventos deportivos en la actualidad. Al emplear la plataforma digital, por ejemplo, para compartir el video del juego en YouTube y verificar los comentarios puédesse comprender las manifestaciones digitales de los aficionados.⁴⁷

Esta cuestión es reciente y aún no hay artículos académicos publicados sobre el tema. Entretanto, se percibe que la tecnología VAR presenta los hechos y sirve para minimizar el error humano. Pero, el arbitraje VAR continúa a tener errores y no garantiza que las decisiones críticas, como los goles, se tomen con la máxima precisión, porque no respetan los hechos, los interpretan, lo que es posible de acuerdo con las Reglas del Juego y el Protocolo del VAR.

Conclusiones Principales

En resumen, lo estudio exploratorio proporciona una mayor familiaridad con el tema y los procedimientos técnicos que el polémico VAR ha dejado cómo una huella única en el universo futbolístico.

En cuanto a los objetivos, primero, la masificación de los medios de comunicación y la tecnología hicieron que el fútbol buscara alternativas “para hacer del juego un evento más

⁴⁵ ROBERTSON, T. “VAR BLIMEY Watch the narrowest VAR call in history knock the USA out of the Women’s World Cup after a bizarre Sweden penalty.” The U.S. Sun – Sports. Publicado en 06 de agosto de 2023. Disponible en <https://www.the-sun.com/sport/8777285/watch-var-knock-uswnt-world-cup-sweden/>. Acceso en 8 ago. 2023.

⁴⁶ NUNES, C. R. P. (2015). O patrocínio das empresas transnacionais nos jogos olímpicos e paraolímpicos Rio 2016: econômico, político, popularizado e/ou “espetacularizado”? Revista Jurídica da FA7, 12(1). DOI: <https://doi.org/10.24067/rjfa7;12.1:25>.

⁴⁷ LUDVIGSEN, J.A.L.; PETERSEN-WAGNER, R. “From television to YouTube: digitalized sport mega-events in the platform society.” Leisure Studies 42:4, 2023, pp. 615-632. DOI: <https://doi.org/10.1080/02614367.2022.2125557>.

justo para los clubs y lo aficionados” (traducción libre).⁴⁸ Surgió el VAR, “un sistema que prometía satisfacer las necesidades de una prueba de los errores en tiempo real y hacer que los clubs tuvieran equidad al ser sancionados por faltas o errores dentro del campo de juego” (traducción libre).⁴⁹

Sin embargo, aunque el sistema VAR, gracias a las nuevas tecnologías digitales, funciona sin errores al filmar apenas los hechos, los razonamientos y decisiones finales siguen recayendo en el árbitro principal de acuerdo con el Protocolo del VAR. Y cómo se puede extraer de los estudios de caso, los árbitros de VAR continúan cometiendo errores. El principal también, mismo después de analizar los instantes complejos a través de las videocámaras. Errores tan importantes que tienen la fuerza para impactar los resultados del partido o favorecer a algún equipo, perjudicar los resultados de un campeonato de fútbol y crear agresividad en las redes sociales de los aficionados.

Hay voces discrepantes en cuanto a la efectividad y el impacto de la tecnología en el juego, lo que es inevitable. El VAR llegó para quedarse y seguirá evolucionando. La clave del éxito de esta tecnología radica en su capacidad de adaptación y mejora constante, apuntando a un fútbol cada vez más justo, emocionante e impredecible.

Entonces, el autor sugiere que la formación de los árbitros que manejan el VAR debe ser continua, para asegurar una aplicación más consistente y eficaz de las normas. La FIFA, como órgano rector del deporte, debe trabajar constantemente para mejorar y adaptar el VAR a las necesidades del fútbol moderno. A medida que la revolución tecnológica continúa sin cesar, es de esperar que el VAR se optimice a la perfección, alcanzando niveles inimaginables de precisión y eficiencia, quizá integrando la *artificial intelligence* o *machine learning*.

Referencias

BARTIROMO, A. "The impact of VAR on penalties." American Soccer Analysis. Publicado en 13 de Junio de 2019. Disponible en: <https://www.americansocceranalysis.com/home/2019/6/6/the-impactof-var-on-penalties>. Acceso en 8 ago. 2023.

BENÍTEZ, A.J.; ARMENTEROS, M; SÁNCHEZ, M.L. “La observación del desempeño arbitral en fútbol por medio del vídeo. Metodología para el caso de los árbitros asistentes adicionales.” EFDeportes.com - Revista Digital. Buenos Aires, Año 15, n° 154, marzo de 2011. Disponible en <http://www.efdeportes.com/>. Acceso en 10 ago. 2023.

⁴⁸ FIFA – Federación Internacional de Fútbol Asociación. “Collina reflects on six years of VAR: One of the biggest changes in football history.” Fifa News. Publicado en 01 de septiembre de 2022. Disponible en <https://www.fifa.com/technical/refereeing/news/collina-reflects-on-six-years-of-var-one-of-the-biggest-changes-in-football>. Acceso en 14 Jul. 2023.

⁴⁹ KUBAYI A.; LARKIN P.; TORIOLA A. “The impact of video assistant referee (VAR) on match performance variables at men’s FIFA World Cup tournaments.” (Proceedings of the Institution of Mechanical Engineers, Part P). Journal of Sports Engineering and Technology. 2022; 236(3):187-191. DOI:<https://doi.org/10.1177/1754337121997581>

BERTIN, P; DELOUVÉE, S; MCCOLL, K; VAN PROOIJEN, J.W. "Rage against the machine: investigating conspiracy theories about the video assistant referee on Twitter during the 2018 FIFA World Cup." *Sport Management Review*, 26:4, 2022, pp. 495-516. DOI: <https://doi.org/10.1080/14413523.2022.2127179>.

CHELSEA FOOTBALL CLUB. "How has VAR technology affected football betting?" Chelsea FC Online. 2018. Disponible en: <http://chelseafconline.com/2020/02/how-var-technology-has-affected-football-betting/>. Acceso en 4 ago. 2023.

CRONIN, B. "Bookmakers say VAR is disrupting in-play football markets, call for richer official data." *Sport Business*. Publicado en 25 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.sportbusiness.com/news/bookmakers-say-var-disrupting-in-play-footballmarkets-call-for-richer-official-data/>. Acceso en 6 ago. 2023.

DIAZ, A. VAR: Conceptos Básicos de Derecho Desportivo. Publicado en 16 de julio de 2018. Disponible en <http://www.dihuris.es/2018/07/16/var/>. Acceso en 16 jul. 2023.

ELLIS, G. "VAR and its Impact on Football." *The Sports Despatch*. Publicado en 28 de agosto de 2019. Disponible en: <https://thesportsdespatch.com/var-and-its-impact-on-football>. Acceso en 7 ago. 2023.

ESPORTE NA BAND. "CBF admite erro e divulga áudio do VAR da partida entre Palmeiras e São Paulo." Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=8_qEXWegnoY_. Acceso en 1º ago. 2023.

EZURMENDIA ALVAREZ, J; VALENZUELA SALDIAS, J. "Deporte, prueba y decisión arbitral: Sobre la asistencia en video." *Rev. Chil. Derecho Tecnol.*, Santiago de Chile, v. 9, n. 2, p. 57-72, dic. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2020.54706>.

FIFA - Federación Internacional de Fútbol Asociación. "La FIFA mène avec succès son premier test officiel "semi-live" avec des arbitres assistants vidéo (VAR)." *Fifa News*. Publicado en 02 de septembre de 2016. Disponible en <https://www.fifa.com/fr/news/fifa-holds-successful-first-official-semi-live-tests-with-video-assist-2-2830402>. Acceso en 24 jul. 2023.

FIFA – Federación Internacional de Fútbol Asociación. "FIFA establishes a working group to develop next steps for VAR technology." *Inside FIFA - Innovation Roadmap*, 2019. Disponible en: <https://www.fifa.com/technical/football-technology/innovation-roadmap/fifa-establishes-working-group-to-develop-next-steps-for-var-technology>. Acceso en 24 jul. 2023.

FIFA – Federación Internacional de Fútbol Asociación. "Collina reflects on six years of VAR: One of the biggest changes in football history." *Fifa News*. Publicado en 01 de septembre de 2022. Disponible en <https://www.fifa.com/technical/refereeing/news/collina-reflects-on-six-years-of-var-one-of-the-biggest-changes-in-football>. Acceso en 14 jul. 2023.

FIFA – Federación Internacional de Fútbol Asociación. "Programa de Ayuda y Aprobación de la Implantación del VAR (IAAP)." *Inside FIFA – Technology Standards*, 2018. Disponible en <https://www.fifa.com/es/technical/football-technology/standards/video-assistant-referee/var-iaap-technology>. Acceso en 4 ago. 2023.

GARRIDO, I.V. "La toma de decisión arbitral con VAR." *Revista Española de Derecho Deportivo*. Vol. 50 (02/2022). Publicado en 26 de septiembre 2022. Madrid: Editorial REUS. DOI: <https://doi.org/10.30462/redp-2022-02-03-881>

GREZ, M. "Rewriting football history – with the help of VAR." *CNN Sport News*. Publicado en 2 de marzo de 2018. Disponible en <https://edition.cnn.com/>

2018/03/02/football/historic-football-moments-changed-by-var/index.html. Acceso en 24 jul. 2023.

GONÇALVES, R.R.. Hojas de Cálculos de Comentarios de YouTube sobre Copa de Brasil de 2022 – Palmeiras Vs São Paulo (Documento de Trabajo 2023.08.001). Producción Técnica ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación del Máster titulado *Politic and Communication in Sports o Sports in Politics and Communication?* Universidad Católica Portuguesa. Acceso restringido.

HAMSUND, T; SCELLES, N. Fans' Perceptions towards Video Assistant Referee (VAR) in the English Premier League. *J. Risk Financial Manag.* 2021, 14(12), 573. DOI: <https://doi.org/10.3390/jrfm14120573>.

HOLDER, U.; EHRMANN, T.; KÖNIG, A. Monitoring experts: insights from the introduction of video assistant referee (VAR) in elite football. *J Bus Econ* 92, 285–308 (2022). DOI: <https://doi.org/10.1007/s11573-021-01058-5>.

IFAB – International Football Association Board. Experimento con árbitros asistentes de vídeo (AAV) Principales aspectos prácticos. 2017.

IFAB – International Football Association Board. Experimento con árbitros asistentes de vídeo (AAV). Protocolo (Resumen). 2017.

IFAB – International Football Association Board. Reglas del Juego 2018/2019. Disponible en <https://downloads.theifab.com/downloads/reglas-de-juego-2018-19?l=es>. Acceso en 2 ago. 2023.

IFAB – International Football Association Board. Reglas del Juego 2023/2024. Disponible en <https://downloads.theifab.com/downloads/reglas-de-juego-2023-24?l=es>. Acceso en 2 ago. 2023.

IFAB – International Football Association Board. Law 5 – Video Assistant Referee VAR. Disponible en <https://www.theifab.com/es/laws/latest/the-referee/#video-assistant-referee-var>. Acceso en 15 Jul. 2023.

IFAB – International Football Association Board. VAR Protocol. Disponible en <https://www.theifab.com/laws/latest/video-assistant-referee-var-protocol/>. Acceso en 20 Jul. 2023.

KUBAYI A.; LARKIN P.; TORIOLA A. “The impact of video assistant referee (VAR) on match performance variables at men’s FIFA World Cup tournaments.”(Proceedings of the Institution of Mechanical Engineers, Part P). *Journal of Sports Engineering and Technology.* 2022; 236(3):187-191. DOI: <https://doi.org/10.1177/1754337121997581>

MEDEIROS, J. “The inside story of how FIFA's controversial VAR system was born - The Dutch Refereeing 2.0 project created goal-line technology. Its next creation – VAR – has proven to be more divisive among footballers, fans and pundits at the Russian World Cup.” *Wired-UK.* Publicado en 23 de junio de 2018. Disponible en <https://www.wired.co.uk/article/var-football-world-cup>. Acceso en 25 jul. 2023.

NUNES, C. R. P. (2015). O patrocínio das empresas transnacionais nos jogos olímpicos e paraolímpicos Rio 2016: econômico, político, popularizado e/ou “espetacularizado”? *Revista Jurídica da FA7*, 12(1). DOI: <https://doi.org/10.24067/rjfa7;12.1:25>

LUDVIGSEN, J.A.L.; PETERSEN-WAGNER, R. “From television to YouTube: digitalized sport mega-events in the platform society.” *Leisure Studies* 42:4, 2023. pp. 615-632. DOI: <https://doi.org/10.1080/02614367.2022.2125557>.

PALOMAR, A. "El VAR: su incidencia en la interpretación de las reglas de juego y la disciplina." *Iusport*. Publicado en 25 de octubre de 2018. Disponible en <https://iusport.com/art/72947/el-var-su-incidencia-en-la-interpretacion-de-las-reglas-de-juego-y-la-disciplina>. Acceso en 22 Jul. 2023.

PETERSEN-WAGNER, R; LUDVIGSEN, J.A.L... "The video assistant referee (VAR) as neo-coloniality of power? Fan negative reactions to VAR in the 2018 FIFA Men's World Cup." *Sport in Society*, 26:5, 2023. pp. 869-883, DOI: <https://doi.org/10.1080/17430437.2022.2070481>

REYNOLDS, A. "Potential Strategic Consequences of Introducing Video Assistant Referees (VAR) in Top-Level Professional Football Coaching." *Spielverlagerung*. Publicado en 10 de julio de 2019. Disponible en: <https://spielverlagerung.com/2019/07/10/potentialstrategic-consequences-of-var/>. Acceso en 7 ago. 2023.

ROBERTSON, T. "VAR BLIMEY Watch the narrowest VAR call in history knock the USA out of the Women's World Cup after a bizarre Sweden penalty." *The U.S. Sun – Sports*. Publicado en 06 de agosto de 2023. Disponible en <https://www.the-sun.com/sport/8777285/watch-var-knock-uswnt-world-cup-sweden/>. Acceso en 8 ago. 2023.

SPITZ, J; WAGEMANS, J, MEMMERT, D; WILLIAMS, A. M; HELSEN, W.F. "Video assistant referees (VAR): The impact of technology on decision making in association football referees." *Journal of Sports Sciences*, 39:2, 2021, 147-153, DOI: <https://doi.org/10.1080/02640414.2020.1809163>

TORRES, J.M.F... "Análisis, actualidad e incidencias del VAR en el fútbol profesional, amateur y de base/cantera." *Asociación Española de Derecho Deportivo*. Publicado en 25 de octubre de 2018. Disponible en <https://aedd.org/noticias-derecho-deportivo/comentarios-de-actualidad-sobre-derecho-deportivo/item/939-analisis-actualidad-e-incidencias-del-var-en-el-futbol-profesional-amateur-y-de-base-cantera>. Acceso en 16 Jul. 2023.

VALE, A.S... "Analysis of Video Assistant Referee (VAR) in Football." *Dissertation of Master in Information Management School*. Instituto Superior de Estatística e Gestão de Informação. Universidade Nova de Lisboa. 2022. Disponible en: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/148992/1/TGI1603.pdf>. Acceso en 7 ago. 2023.

WINAND, M; SCHNEIDERS, C; MERTEN, S; MARLIER, M. "Sports fans and innovation: An analysis of football fans' satisfaction with video assistant refereeing through social identity and argumentative theories." *Journal of Business Research*, Volume 136, 2021, pp. 99-109. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2021.07.029>.

O Devido Processo Legal NO Mundo do Procedimento HI TECH

Alessandro Severino Valler Zenni¹

Raquel Salgado²

Sumário: 1. Introdução 2.A Implementação da tecnologia e a imposição do princípio da eficiência nas técnicas procedimentais; 3. O sentido e o alcance do devido processo legal; 4. O sentido do devido processo legal; 5. Juiz Natural e motivação razoável - encontro de procedure due process e substantive due process versus a tirania da inteligência artificial. 6. Considerações finais.

Resumo: Contemporaneamente a utilização de tecnologia no Poder Judiciário é crescente e disruptiva, a despeito de o tema já ser tratado alhures pela lei 11.419/2006, cuja regulamentação se debruçava sobre o processo eletrônico, em nome do princípio da instrumentalidade e eficiência; ato subsequente, com o surgimento do Programa Justiça 4.0, abriu -se um leque de novas técnicas capazes de darem maior efetividade ao trabalho manual antes exercido. Assim, sob o epíteto da instrumentalidade, efetividade e da duração razoável do processo, atualmente são empreendidos mecanismos tecnológicos, automatizados e incrementados com a inteligência artificial, capazes de dar maior agilidade processual. No entanto, em um espaço jurídico atual, em que processos são quantificados, a viabilidade desses mecanismos tecnológicos há de passar pelo crivo da transparência e ainda à luz dos princípios constitucionais, e não apenas pela sua positivação no direito inferior, conquanto o Texto Maior sublima sua condição diretiva e publicista, exigindo que o processo se desenvolva sob a ótica do devido processo legal formal e material. A instituição de mecanismos de inteligência artificial como forma de substituir a atividade do Estado - Juiz, hipótese levantada no presente estudo, pode vir a se contrapor com a ordem legal e principiológica que fundamenta e referenda a marcha procedimental e a atividade judicante, vulnerando em cheio os parâmetros constitucionais.

Palavra Chave: Algoritmo. Poder Judiciário. Inteligência Artificial. Devido processo legal.

Abstract: At the same time, the use of technology in the Judiciary is growing and disruptive, despite the fact that the subject has already been dealt with elsewhere by Law 11.419/2006, whose regulation focused on the electronic process, in the name of the principle of instrumentality and efficiency. Subsequent act, with the emergence of the Justice 4.0 Program, opened up a range of new techniques capable of giving greater effectiveness to the manual work previously exercised. Thus, under the epithet of instrumentality, effectiveness and reasonable duration of the process, technological mechanisms are currently being undertaken, automated and incremented with artificial intelligence, capable of providing greater procedural agility. However, in a current legal space, in which processes are quantified, the viability of these technological mechanisms. The must pass through the scrutiny of transparency and also in the light of constitutional principles, and not just by their positivization in lower law, although the Big Text sublimates its directive and publicist condition, demanding that the process be developed from the perspective of due formal and material legal process. The institution of artificial intelligence mechanisms as a way to replace

¹ Pós Doutor em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Professor no programa de Mestrado da Univel. alessandro@univel.br

² Raquel Salgado, advogada, Pós Graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná (2019), Pós Graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Univel - Cascavel (2022), Mestranda em Direito, Tecnologia Inovação e Regulação pela Univel – Cascavel - PR, raquelsalgadoadvsc@gmail.com

the activity of the State - Judge, a hypothesis raised in the present study, may come to oppose the legal and principled order that underlies and endorses the procedural march and the judicial activity, vulnerating in full the constitutional parameters.

Keywords: Algorithm. Judicial power. Artificial intelligence. Due to legal process

Introdução

A presente pesquisa tem por objetivo demonstrar em meio a disruptiva implementação de tecnologia no Poder Judiciário, com o objetivo efetivar a prestação jurisdicional com maior instrumentalidade e em última análise uma duração razoável ao processo, ainda há fases procedimentais processuais que se nutrem de justiça e impescindem da valoração humana.

Demonstrando em um primeiro momento que as inovações trazidas para o Poder Judiciário com o uso de automação e inteligência artificial sugere eficiência, em um segundo momento discorre sobre a necessidade de observar a proporcionalidade e a razoabilidade princípios corolários do devido processo legal, no momento de valer-se o judiciário de tecnologias, sobretudo aquelas associadas à inteligência artificial.

E assim discorre sobre a problemática aqui abordada, que busca investigar se o uso demasiado de tecnologia em nome da instrumentalidade e da duração razoável do processo poderá *prima facie* causar impactos no devido processo legal, sobretudo se esses mecanismos foram adotados para substituir a atividade exclusiva do homem no poder judiciário.

Para tanto, a presente pesquisa se desenvolveu por leitura de livros, doutrinas, revistas e artigos, impressos ou publicados eletronicamente, por autores que abordam a temática, propondo a responder os questionamentos acima expostos, buscando entender a ampliação do direito sobre o tema discutido.

Por fim, insta salientar que no desenvolvimento do problema, utilizar-se-á da pesquisa por método dedutivo defluente de leitura bibliográfica, sem descurar da intuição da justiça própria da pessoa do julgador como exigência do *substantive due process*, e, o desfecho se arremata com a considerações conclusivas sobre o tema.

2. A Implementação da Tecnologia e a Imposição do Princípio da Eficiência nas Técnicas Procedimentais

A utilização de tecnologia no Poder Judiciário não é novidade, tanto é fato que desde que o ministro Fux assumiu a presidência do Conselho Nacional de Justiça, instituiu como um de seus eixos a introdução da Justiça 4.0.

Desde então, houve uma crescente introdução de tecnologia, inovação e melhoramento nas práticas dos servidores, magistrados, advogados e sobretudo do acesso dos cidadãos ao Judiciário, surgindo exemplos emblemáticos, como a criação do balcão virtual, instituído pela resolução do CNJ nº 341/2020 e 354/2020. O Balcão Virtual, apenas algumas das diversas inovações trazidas nos últimos anos, trata - se essencialmente de uma plataforma virtual de videoconferência de aproximação do Judiciário e de pessoas que necessitam ser atendidas, semelhante ao atendimento presencial. Também há, ainda, a implementação da Plataforma Digital do Judiciário, criada pela resolução do CNJ 335/2020. A Plataforma Digital do Judiciário, visa uniformizar o ecossistema de tramitação dos processos junto ao judiciário, trazendo transparência e governança na prestação jurisdicional. Alhures se enxertou o direito positivo com a lei 11.419/2006, que regulava a informatização do processo judicial, em nome do princípio da instrumentalidade, aplicando as regras do processo e atos processuais no processo civil, penal e trabalhista.

O direito não ficou à margem da revolução tecnológica operada no mundo contemporâneo, incorporando, *pari passu*, o modelo altamente sofisticado da ciência cibernética, sempre primando pela inserção de eficiência na tramitação dos processos, como face da duração razoável do processo, garantia constitucional prevista desde a Emenda 45. Com a introdução dessas técnicas no Poder Judiciário houve crescente agilidade ao trabalho manual e repetitivo dos servidores respectivos, sem embargo de ter trazido otimização ao andamento processual, procurando dar vazão ao maior gargalo do Judiciário, a morosidade processual. A morosidade processual é um problema enfrentado pelos operadores do direito, e, não sanada, representa ofensa gravosa ao princípio da duração razoável do processo, uma das adjacências do devido processo legal.³

No mais a sociedade atual, submetida à cultura líquida⁴ e flexível, adaptada às informações abundantes provindas dos metatextos expansivos da tecnologia, vive um instante paradoxal, por um lado conta com a facilidade e a praticidade dos algoritmos que se propõem a expor alguma resposta a qualquer demanda suscitada, doutro, pela ilimitada quantidade e amplificação da informação, gerando-se o período da pós-verdade, há mesmo a reivindicação à segurança da mesma linguagem simbólica.

E o mundo jurídico não vive à margem dessa experiência. De uma banda a praticidade e a celeridade como facilitadores nas operações jurídicas e na via oposta o apelo à lógica simbólica dos algoritmos para estabelecer-se cercanias aos metatextos e os excessos do plano

³ NERY JUNIOR, N. Princípios do Processo na Constituição Federal, 13ª ed. São Paulo: RT, 2017. p. 112-118

⁴ BAUMAN, Z, Modernidade Líquida, 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.p.9

virtual. De qualquer modo, e aprioristicamente, colhe-se uma espécie de abdicação à concepção de justiça, como outrora se supunha ser o fundamento de validade do direito⁵, abrindo-se espaço a novos compromissos como a ampliação do êxito estatístico, uniformização de dados, planejando e homogeneizando as decisões, unidade de convicção, luzes de um mesmo caleidoscópio ocupado da eficiência.⁶

Esse arsenal de tecnologias postas às mãos do jurista, incluindo-se o magistrado, e quiçá, sobretudo ele que detém o exercício do poder estatal como *longa manus* do Estado, empodera- e o dota de máxima eficiência no controle dos autos, sempre no sentido da lesta e célere prestação jurisdicional, o que, em certo sentido ancora os anseios político-sociais do processo⁷, outrossim pode naufragar no respeito às garantias constitucionais do substantive due process, eis que o magistrado em tese, poderia se tornar refém das ciências exatas e dos cálculos estatísticos, atingindo os números esperados nos escores de controles e metas, sem, não obstante, alcançar o valor da justiça na solução dos conflitos

Não é demais declinar o escólio de COUTO E MEYER-PFLUG de que “O discurso da eficiência tem tomado conta dos corredores do Judiciário, da Academia e, com singular atenção, da grande mídia e, por consequência, de toda a sociedade. Todos parecem clamar por um processo célere e, para essa obtenção, exigem um controle numérico-quantitativo de processos e de decisões, a partir de uma análise econômica da eficiência, solução que, para nós, deve ser vista com alguma reserva ou cuidado.”⁸

Processualistas de nomeada registram esse contraste entre as decisões justas àquelas céleres, à guisa de Marinoni, para quem a empreitada em direção às sentenças de excelência demanda enormidade de tempo, bem a contrapelo da solução expedita tão necessária ao processo.⁹

Quer parecer, *prima facie*, que o denodo pela eficiência não se chocaria com o aspecto processual do devido processo, afinal os aparatos tecnológicos não representariam ameaça

⁵ NEVES, A. Castanheiras. Metodologia Jurídica: problemas fundamentais. Coimbra: Rede Virtual de Bibliotecas, Ed., reimpr. Ed.2013. Disponível em: < <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:2013;000987661> > acessado em 23 de abril de 2023.

⁶ Segundo Chiavenato, a eficiência é uma relação entre custos e benefícios. Assim, a eficiência está voltada para a melhor maneira pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos), a fim de que os recursos sejam aplicados da forma mais racional possível. CHIAVENATO, Idalberto. Recursos humanos na empresa: pessoas, organizações e sistemas. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

⁷ DINAMARCO. C.R. Instrumentalidade do Processo. São Paulo: RT, 1.987.

⁸ COUTO, M.B.; MEYER-PFLUG, S.R. Poder Judiciário, justiça e eficiência: caminhos e descaminhos rumo à justiça efetiva. Revista de Doutrina da 4. Região. Porto Alegre, n. 63, dez.2014. Disponível em: < https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/85589/poder_judiciario_justica_couto.pdf>. Acesso em: 23 de abril de 2023.

⁹ MARINONI, L.G. Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 584.

ao juiz natural, ampla defesa e contraditório, motivação das decisões e duplo grau de jurisdição, consectários do princípio na perspectiva dos constitucionalistas processualistas.

Esse é o escólio de Alexandre Morais, para quem o devido processo, no sentido formal assegura ao jurisdicionado “a paridade total de condições com o Estado persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).”¹⁰ Evidente que a duração razoável do processo, além de plasmada anteriormente à Emenda 45, inserida no comando do art. 5º, LXXVIII, da CF, já se lia de forma implícita (art. 5º, parágrafo primeiro, da CF), no art. 37, da Constituição, cuja redação também, proveniente, da Emenda n. 18, faz consignar o princípio da eficiência no âmbito da Administração Pública, revocando a postura do administrador comprometido com a rapidez, celeridade e presteza nos atos administrativos e, por extensão, judiciais processuais.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), no art. 8º, 1, assegurava a toda pessoa o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de prazo razoável, por juiz ou tribunal competente, e não foi por outro motivo que se alinhou no art. 5º, compromisso com a duração expedita do processo, senão o de plasmar na ordem interna, sob o epíteto de liberdade pública, o que, no plano externo, já se excogitava acerca da marcha procedimental.

Se o nó górdio do Poder Judiciário residiu na acepção de rapidez na entrega da prestação jurisdicional e a satisfação no plano dos fatos, houve um esforço do legislador, suportado por boa doutrina, a tecer essa malha de princípios positivados em prol do escopo sócio-político do processo, como já se considerou acima, embora não possa se presumir, de tal faina, a consequência de julgamentos razoáveis e justos.

De longa data processualistas de escola advertiam que o tempo é bom remédio para solução de casos conflituosos e prolixos, sem mencionar que o elã do direito reside na concepção de justiça, tratando-se mesmo de seu instrumento (o direito), a ponto de Tomás de Aquino afirmar que pode haver lei, princípio, máxima, doutrina, mas estancados do conteúdo justo, direito não o é.¹¹

Não é demais conclamar a doutrina de Barbosa Moreira, para quem “...se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional

¹⁰ Direito Constitucional. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 100.

¹¹ TOMÁS DE AQUINO. Suma Teológica. Questão 54.

venha a ser melhor do que é. Se, para torná-la melhor, é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.”¹²

A experiência do (juris)prudente o credencia a reconhecer que no equacionamento das mazelas do tempo, cuja conquista se faz a partir de praticidade coletada dos softwares e noutros mecanismos tecnológicos desenvolvidos pelos profissionais altamente gabaritados e decisões padronizadas que cumprem os programas estatísticos e atingem metas sem concernir à acessibilidade à ordem jurídica justa¹³

Não faltam estudiosos do processo tramando a conciliação dos bens jurídicos contrapostos, como é o caso de James Marins, para quem o tempo razoável, como garantia constitucional, não se reporta à exiguidade de tempo, a instantaneidade que o mundo contemporâneo congrea, mesmo porque, à luz do procedimento, o tempo que urge é também o tempo que se requer, esse “lapso razoável para que o possa ser solucionado...”¹⁴ Propor soluções instantâneas sob o rótulo de duração expedita e razoável do processo, como declinação do devido processo legal em sentido formal, própria do arcabouço tecnológico das tecladas acessíveis aos bits e algoritmos lança aluvião no compromisso em torno do qual a arte do direito foi erigida, a justiça, substancialmente garantida pelo mesmo devido processo legal, observado noutra lente.

3. O Sentido e o Alcance do Devido Processo Legal

O devido processo legal, historicamente conquistado e positivado na Constituição Federal, cuja expressão é de força normativa e máxima efetividade¹⁵, sobre o que todos os outros ramos dos direitos a ela se subordinam e o irrompem em textos infra-constitucionais ou na interpretação do direito, haverão de ser imantados de devido processo legal.

Ocorre que o conceito de devido processo legal possui um elástico de grandes dimensões, como se passará a expor na sequência, adjungindo em seu âmago, tanto noções sobre

¹² BARBOSA MOREIRA, J.C. O futuro da Justiça: alguns mitos. Revista de Processo, n. 99, jul./set. 2000, P. 144-145.

¹³ Essa alcunha decorre do magistério do grande processualista da USP, Kazuo Watanabe. *In* Acesso à ordem jurídica justa: (conceito atualizado de acesso à justiça): processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2.019, p. 10.

¹⁴ MARINS, J. Processo instantâneo versus processo razoável: a dualidade temporal da garantia constitucional. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 16, n. 2, maio/ago. 2011. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 24 de abril de 2.023, p. 191.

¹⁵ O texto constitucional não pode ser traduzido como um feixe de orientações a partir das quais seriam construídas as normas infra-constitucionais e o tino hermenêutico, senão que goza de uma hermenêutica própria, inspirada em princípios formais da interpretação constitucional, sendo certo que, resgatando-se compromissos éticos, no bojo dos conceitos positivados, a positivação constitucional é de supremacia, dotada de força normativa e rendendo máxima efetividade. HESSE. Konrad. *Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991.

procedimento hígido e regular, regado a acesso à justiça, juiz natural, contraditório e ampla defesa, motivação das decisões e duplo grau de jurisdição, tudo em razoável duração, mas não olvidará apelos à ordem jurídica justa como desfecho de uma decisão do Poder Judiciário, donde a razoabilidade e a ponderação, igualmente, far-se-ão inexoráveis.

Não é demais desenvolver pequeno desenvolvimento acerca do princípio no seu percurso histórico. A primeira menção feita em relação ao princípio do devido processo, foi no Carta de João Sem-Terra, do ano de 1215, quando o art. 39 se referiu a expressão *law of the land* (lei da terra); posteriormente durante o reinado de Eduardo III, em 1354, na Inglaterra, por lei, por meio de um legislador desconhecido, foi devidamente consagrada o *due process of law*, criando-se, então, uma garantia aos nobres contra os abusos da coroa inglesa.

As constituições estaduais americanas, antes mesmo da Constituição Federal Americana de 1787, já previam a garantia do devido processo legal, exemplificando-se o Estado da Virgínia, 1776. A ideia principal consagrada pelo *due process* era a de garantir a subjetividade do devido processo legal, nas palavras de Nelson Nery, genericamente, “O princípio do *due process of law* caracteriza - se pelo trinômio, vida - liberdade, propriedade. (NERY, 2013, pg.112)

A Constituição Federal de 1988 consagrou em seu texto a garantia do devido processo legal, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CF,1998), dando portanto, expreso lugar ao devido processo legal junto à Carta Magna.

Aparentemente quando se alude ao devido processo legal, pensa-se em procedimento no sentido mais criterioso, postulando-se contraditório em procedimento regular, mas o devido processo legal é essencial e não apenas por assegurar que os procedimentos sejam garantidos com a devida procedimentalidade, mas para dotá-lo de sentido material, manifestando-se como gênero do qual os demais princípios são espécie.

A correlação entre o processo, a Constituição Federal e o regime ao qual o processo se desenvolve evidencia-se, nesse ponto, sendo inegável que as atividades do ramo público se subordinam às linhas gerais fundamentais expostas à Lei Maior, até pela característica dirigente que possui a Constituição Federal de 1988.¹⁶

¹⁶ Constituição dirigente foi um conceito urdido por Canotilho para estabelecer as conexões implacáveis entre o texto maior e os ramos infra-constitucionais, tanto assim que as constituições abraçam princípios setoriais estatuindo todas as diretrizes generalizantes dos direitos e valores referentes as disciplinas jurídicas entroncadas no sistema de direito, e embora tendo declinado a sua perspectiva inicial dada forte carga emancipatória proveniente de todas as normas constitucionais, incluindo-se os programas e as políticas públicas, houve uma revisão do autor a propósito do assunto e ainda assim vislumbra-se de seu postulado o estabelecimento das premissas materiais fundantes de um Estado e uma sociedade que se pretendam atribuir o apanágio de Estado democrático de direito, em consonância, aliás, com os textos do direito internacional e a supranacionalidade do direito, o que ensejou revisão sob nomenclatura de constitucionalismo moralmente reflexivo. In COUTINHO,

Assim, seria possível afirmar que todos os princípios norteadores do processo atingem as relações jurídicas concretas, porquanto subordinados ao princípio do devido processo legal, não apenas pela sua positivação constitucional, por sua natureza publicista, mas, definitivamente pela sua essência.

Inegável, ainda, que o direito processual civil, sobretudo após a entrada em vigor da lei 13105/2015, recobre-se do fenômeno da constitucionalização, sem embargo de que sua textura é explicitamente abarcadora dos valores impregnados na Constituição, bastando recorrer-se aos artigos primeiro e segundo, os postulados da cooperação na plenitude do contraditório – artigo sexto – e na prioridade do julgamento de mérito e justo, corolário do sentido material do devido processo.

E nesse aspecto é sintomático o destaque. O princípio do devido processo, não é apenas uma tutela processual, atua também em respeito ao direito material, ou seja, o devido processo é essencial para que se garanta também aos envolvidos em litígio um processo com julgamento justo e ético.

Não se trata tão só de uma diretiva, um suscitar, senão que a supremacia e força normativa da Constituição, associados à interpretação de máxima efetividade de seus valores, alcançam a atividade judicante de tal sorte que os jurisdicionados passam a gozar o direito indeclinável ao julgamento justo, sem que isso redunde em rota desviante dos compromissos com a marcha pautada por juiz natural, contraditório e ampla defesa, motivação e duplo grau. Se os italianos, alhures, já reivindicavam pela via do processo a garantia constitucional de que a partir dele (do processo) a parte tem o direito de auferir tudo aquilo e exatamente aquilo que lhe é jus, acaso não fosse necessário o acesso ao Judiciário¹⁷, as noções completas e substanciais de justiça empapam o fenômeno, sob rótulo de razoabilidade ou proporcionalidade.¹⁸

4. O Sentido Substantivo do Devido Processo

Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 31.

¹⁷ Aliás, essa máxima de que “o processo deve proporcionar a quem tem um direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”, não somente oferece meios adequados à produção de resultados, como as tutelas diferenciadas, mas o próprio resultado do processo há de coincidir com as lesões apresentadas no acesso à justiça. *In* CHIOVENDA, Giuseppe. *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*. *Rivista di Diritto Commerciale*, n. 3, 1911. p. 110

¹⁸ Em Larenz a consagração da proporcionalidade está alçada a princípio de justiça, porquanto, segundo o filósofo do direito, a proporcionalidade é designada de princípio de direito justo, estando umbilicalmente vinculado às noções de justiça, moderação e medida equilibrada. (LARENZ, Karl. *Derecho justo*. Madrid: Civitas, 1993. p. 144).

Em tempos sombrios de nominalismo e pós-verdade parece despropositado reclamar a cláusula substantiva do devido processo com garantias de julgamento justo, conquanto esteja em voga o pensamento kelseniano em toda a sua estrutura e fixidez, como anteparo a denominada tirania do Poder Judiciário, sem embargo do modelo das formas prontas e facilitadas apresentado pela tecnologia dos algoritmos.

O respeito ao devido processo legal é a possibilidade de fixação de limites ao voluntarismo acerbo de juízes demasiado ativistas, porquanto na sua perspectiva formal o curso da relação processual, marcada pela dialética dos argumentos, há de conclamar dos litigantes e do juízo cooperação na marcha da ampla defesa e do contraditório, exigindo do magistrado motivação suasória do decisum, tudo nos termos consolidados pelo art. 489, e parágrafos do Código de Processo Civil.

Mas isso não é o bastante. Frente ao mecanicismo frio da pura dilatação das fontes formais aos casos conflituosos levados à apreciação do julgador, requesta-se o a-justa-mento do raciocínio jurídico à situação apresentada, desafiando as faculdades da alma, de maneira integral, do juiz humano, no ato de interpretar. Ampliam-se ricamente o direito, o jurista e a sociedade, seja do ponto de vista ontológico, como, ainda, axiológico e gnosiológico.¹⁹ Essa é a face do devido processo legal substancial.

Derivativo do direito anglo-saxônico o apotegma passou um mandato ao magistrado no sentido de outorgar-lhe postura de juízo crítico propugnando por decisões razoáveis à luz da justiça oposta à fonte formal pura, tendo o condão de restituir à parte, tanto quanto possível, os direitos que lhe concerniam acaso não houvesse necessidade do processo.

Bem de ver que *prima facie* a exigência de proporcionalidade se faz de mister já na elaboração da legislação, fonte formal primeva do direito continental, de cuja escola descende o direito brasileiro, outrossim, por mais bem intencionado tenha sido o legislador, por hipótese, é na aproximação com a situação *sub judice* que a síntese subsuntiva haverá de se pautar pela razoabilidade, tratando-se mesmo de um julgamento equitativo que apara as arestas do imóvel, fixo e desproporcional, encaixando-se tanto quanto possível às exigências de justiça.²⁰

¹⁹ Sobre a metodologia da decisão jurídica consultar Alessandro S. V. Zenni. *In* Pessoa e Justiça: Questão de Direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014, p 54 e seguintes.

²⁰ GOMES, L.F. Estado constitucional e democrático de direito e o devido processo criminal. In: DIDIER JR., F.; JORDÃO, E.F.(Coord.). Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 534

Por óbvio que o *substantive due process* encontra sua correspondência na técnica da proporcionalidade, como anátema aos excessos, seja no plano da positivação, seja da aplicação concreta do direito abstratamente criado.

Decomposto o princípio da proporcionalidade em adequação, cujo caris é de vislumbre da implicação entre meios e fins, da necessidade que supõe que o instrumento ou meio adequado não pode ser derogado por outro menos gravoso e proporcional em sentido estrito segundo o qual há vedação à permissão de um bem, talento, valor ou oportunidade que represente dano a outro bem, valor, talento ou oportunidade de maior valor²¹, chega-se ao tegumento da razoabilidade ou devido processo em sentido substancial.

Não é por outro motivo que o Código de Processo Civil, na parte geral, abraça proporcionalidade e razoabilidade, na aplicação das normas jurídicas, na conformidade do que dispõe o artigo oitavo.

Ora, esse trabalho de Penélope que desafia a prudência do magistrado, circunscrevendo a jurisprudência com a virtude que perpassa tanto o juízo especulativo quanto o raciocínio prático traz a reboque o método intuitivo (intelectual ou simpático), assinalando à busca de valores, dando sentido real à mobilidade do direito diante da circunstância apresentada.²²

Nesse sentido é que a teoria da decisão jurídica impescinde de grande esforço hermenêutico que pode ser embasado pelos mecanismos tecnológicos atuais. São recorrentes informações de que o Poder Judiciário tem convalidado programas de inteligência artificial às mais variadas obras, desde o recrutamento de processos em razão de similitudes fático-jurídicas, gerindo “unidade de convicção” e idiosincrasias, até suprimento do chat GPT para confecção de sentenças.²³

5. Juiz Natural e Motivação Razoável – o Encontro de Procedure *Due Process* e *Substantive Due Process* Versus a Tirania da Inteligência Artificial

O devido processo legal é bipartido, pois há a *substantive due process and procedural due process*. O *substantive due process*, pode também ser chamado de devido processo substancial ou material, figura além das regras procedimentais processuais, que recruta do Magistrado para além do recurso a uma construção lógica e sistemática própria do ordenamento jurídico, um esforço focado nas necessidades da demanda à luz da Constituição, mesmo diante de caso mais

²¹BARROS, S.T. O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 60.

²²ZENNI, Alessandro S. V, in Pessoa e Justiça: Questão de Direito. Porto Alegre: Sergio Fabris Editora, 2.014, p. 77 e seguintes.

²³ Caso do juiz catarinense que elaborou a decisão....

complexos, adequado às particularidades do conflito e ponderando meios e fins na síntese decisória.

O *substantive due process* excogita o respeito ao *procedure due process*, com o que se vislumbram duas situações: a primeira é julgar a partir de pressupostos processuais, regido por seus princípios procedimentais, tornando o processo válido, circundado de garantias processuais fixadas no texto constitucional e espargidas pelo direito infra-constitucional, máxime as regras de processo civil; a segunda situação que é a sentença há se ser justa e ética, e, com isso, percebe -se que o processo deixa de ser um instrumento meramente técnico e passa a ser um instrumento ético, influenciando em fatores sociais, o Estado - Juiz se torna a extensão da garantia e aplicabilidade do devido processo legal em um sentido macro.

A maior prova disso, como se constatou acima, é a constitucionalização do Código de Processo Civil de 2015, vinculando expressamente em consonância com dispositivos da Constituição Federal de 1988, princípios corolários do devido processo legal, ligados a moral e a confiança nas relações jurídicas.

O já vaticinado art. 8º do CPC, propõe a observância dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, legalidade e publicidade e ainda promove a dignidade da pessoa humana de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Texto Maior. A regra estabelecida pelo art. 8º do Código de Processo Civil garante ao jurisdicionado o direito a uma sentença justa e pública.

É inegável que o uso da tecnologia no Poder Judiciário vem sendo utilizada e é crescente sua utilização, inclusive o uso de inteligência artificial, a exemplo disso, os Robôs Víctor, Rafa 2030 e Vitória, no STF.

Outra tecnologia que vem ganhando cores diz com modelos de linguagem natural baseados em aprendizado de máquina, o então conhecido CHAT GBPT (Generative Pre-trained Transformer); sua tendência de impacto no ramo do direito vincula-se à sua capacidade de e modo de escrita de textos repetitivos e longos, como petições iniciais, contratos, pode realizar revisão de documentos, definir estratégias e inclusive identificar cláusulas de risco, o que pode impactar no custo e tempo de operação.

O CHAT GPT, trabalha com algoritmos programados, não supervisionados, isso significa dizer que a máquina aprende através de dados, informações e repetição de comportamento, inclusive aprendendo vieses negativos, como os discriminatórios racial ou geográfico. Embora haja uma repetição de comportamento por aprendizado da máquina, não se pode afirmar que há humanização nos atos praticados por inteligências artificiais.

Forçoso ressaltar que as inteligências artificiais são programadas por profissionais de outros campos do conhecimento, ou seja, não são programados por aqueles que efetivamente fazem parte da administração da justiça

A utilização do CHAT GPT, em nome da instrumentalidade, é uma ferramenta hábil a auxiliar as práticas dos servidores e dos magistrados, ou seja, daqueles que trabalham em prol da administração judiciária, sobretudo os magistrados, podendo colimar com interesses de rapidez, celeridade, próprios do pragmatismo e utilitarismo contemporâneos.

Aliás, essa tecnologia de apoio ao Judiciário apta a facilitar-lhe a prestação jurisdicional pode, inclusive, figurar como ato atentatório ao sentido puramente processual de devido processo, tratando-se de vulneração ao juiz natural. E, malgrado o juiz natural atrele-se ao sentido procedimental do devido processo, na exigência de adequação e justiça do veredicto, um consectário do juiz natural, vislumbra-se a presença da cláusula substantiva do devido processo, que, igualmente, fica à berlinda de afrontas pelo uso de inteligência artificial.

Emana do juiz natural não somente a competência material e funcional para proferir a decisão, senão que nele se concentram deveres de livre convicção das provas e motivação, levando-o às escolhas racionais dos argumentos jurídicos bastantes à decisão razoável, tanto que prescindíveis tais esforços minguado estará o direito à adequada valoração da prova e à fundamentação do veredito.²⁴ Gestada a decisão nos estertores dos softwares, produto de linguagem algorítmica e combinação de dados no sistema computacional, esse know how impensável na técnica judicial certamente poria em dúvidas a presença do juiz natural, sem mencionar que a atividade judicante estaria sendo transferida aos engenheiros cibernéticos responsáveis pela programação da linguagem programática validade no Poder Judiciário.²⁵

Não bastasse o desvio ao sentido procedimental do devido processo, anulando a presença do juiz natural, como mencionado alhures, inolvidável que esse transporte de competência que remonta ao profissional da tecnologia, o programador, o que constitui a inteligência artificial disponível, representa risco ainda mais ominoso quando a sua ideologia participa inegavelmente da alimentação dos dados no sistema.²⁶

²⁴ LOPES, J.B.. A Prova no Processo Civil brasileiro. 2ª ed., São Paulo: RT, 2.004.

²⁵ FORSTER, J.P.K.; BITENCOURT, D; PREVIDELLI, J.E. A. Pode o juiz natural ser uma máquina? Revista de direito e garantias fundamentais, Vitória, v. 19, ed. 3, p. 181-200, set/dez. 2018, p. 191.

²⁶ Das contundentes observações lançadas pela teoria crítica da sociedade sobre as ciências está essa suposição de que o cientista seria neutro, proscrevendo valores no instante da investigação Ora, dado que o inconsciente produz um maremoto de sensações dentro das quais a racionalidade é uma “garrafa” que circula entre a enormidade das ondas, parece risível que se espere de um programador de inteligência artificial a parcimônia indispensável para não prejudicar pessoas, grupos, classes ou categorias. O mito da neutralidade do cientista é

Por derradeiro, a ingente necessidade de que a adoção da transparência nas combinações algorítmicas na concatenação dos elementos que darão corpo aos programas de inteligência artificial é condição da publicidade como elemento do devido processo legal. Aliás, de se consignar que os europeus reivindicaram, alhures, por Resolução de fevereiro de 2017, no Parlamento Europeu, um requinte de ética no tema de regulamentação do sistema cibernético, enfatizando o compromisso com a transparência, nomeadamente porque os bancos de dados refletidos em decisões poderão ser de largo espectro, alcançando número elevado de pessoas atingidas pelo *decisum*. Ante as grandes dificuldades de compreensão do sistema combinatório de algoritmos, propriedade das inteligências artificiais, seria, no mínimo, imprescindível uma espécie de repositório contendo os dados e informações sobre os comandos operados pelas máquinas, pena de comprometimento à transparência, um aspecto importante, seja do processo legal como garantia de procedimento, seja no seu âmago, como parte substancial da cláusula.

Inomitível que o estudo do poder desencadeado por Foucault remontou a uma genealogia profunda segundo a qual o controle e a sujeição, aspectos da condição humana, apresentam-se, formalmente, no saber da ciência, cujos resultados metódicos, impõem verdades, legitimadas pelo direito.²⁷ O acervo cibernético enquanto saber tecnológico, reservado aos programadores, pode guardar segredos insondáveis, acaso a transparência não atravesse o método utilizado, os resultados obtidos, enfim, e tudo sob o crivo do direito e para o direito, dando revestimento de legitimidade à tirania da “verdade” formada.

Considerações Finais

Inegável a imposição da tecnologia como *médium* e instrumento para a persecução da justiça na primeira década do Século XXI, tendo em vista o número acerbo de processos, a presença disruptiva dos metatextos, com possibilidades abundantes de atalhar-se o tempo e a produção de economia a partir desse aparato posto à disposição do Poder Judiciário no aperfeiçoamento do processo.

Imperativo constitucional coadunado com normas do direito internacional passaram a suscitar, como integrante do conceito de justiça, a duração razoável dos processos, sendo certo que o valor se convola em garantia constitucional disposta aos jurisdicionados e um dever de prestação do Estado-Juiz.

trazido à baila por Barroso na projeção da teoria crítica sobre os juízos dos juristas. In BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação do Direito Constitucional...*

²⁷ FOUCAULT, Michel. *As Verdades e as Formas Jurídicas*. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2.002.

Ocorre, outrossim, que a incúria na adoção das tecnologias pode contaminar o devido processo legal tanto na sua forma procedimental quanto na sua forma material, sendo certo que a ocupação precípua do texto assinala que a transferência da atividade humana às tecnologias, máxime a inteligência artificial, pode redundar ofensa tanto ao juiz natural como à imposição da justiça no veredicto, ferindo de morte o fundamento de validade do direito, a justiça, que se desenha sob a arte da prudência, tecendo o conceito de jurista prudente, tão caro à dialética que rotulou o direito milenarmente e, contemporaneamente, encontra-se em derrocada no sentido menos burilado de jurisprudência.

O que se observou por ocasião da pesquisa foi que em nome do princípio da instrumentalidade, um braço da duração razoável do processo, o programa do Conselho Nacional de Justiça, trouxe diversas inovações e automatização para o Poder Judiciário, sem olvidar das demais tecnologias que estão em voga e à disposição do Estado-juiz, demonstrado em casos narrados no bojo do texto.

E, com efeito, a duração razoável do processo imprime um ritmo de velocidade capitaneado pelas técnicas implementadas, capazes de dar agilidade ao trabalho manual antes desenvolvido; por outro lado, as tecnologias de aporte devem sofrer limitações em certos domínios do Poder Judiciário, respeitando-se o devido processo legal, a fim de garantir ao jurisdicionado a validação dos pressupostos constitucionais a partir dos quais, tanto os princípios do *procedural due process* quanto do *substantive due process* façam-se presentes, porquanto o direito não prescindiu, até o momento, da indispensabilidade de uma sentença justa, ética, emanada por aquele que desempenha a atividade de Estado - Juiz, que por excelência, se torna a extensão da garantia e aplicabilidade do devido processo legal em um sentido macro, um ser humano evoluindo na condição de pessoa.

Supor que a prudência possa ser transposta pela adoção de algoritmos na combinação de dados e formulação das respostas aos dissídios a fim de prestigiar-se a rapidez, celeridade e eficiência, implica em afirmar que o processo desumanizado não recebe a acolhida do princípio mater da dignidade da pessoa humana, deixa de receber a chancela do juiz natural como ponto de encontro entre ordem jurídica justa e respeito às condições formais de regularidade do procedimento.

Enfim, qualquer que seja o braço do direito, apartado de seu fundamento de validade, qual seja, a justiça, pode significar processo, sentença, petitum, mas direito não é, na máxima tomista sobre seu fundamento de validade. E justiça só se consubstancia na prudência, uma arte combinatória de intuição, prudência e solução retórico-dialética.

Referências Bibliográficas

BAUMAN, Zt; Modernidade Líquida: subtítulo do livro. 1. ed. Rio de Janeiro- RJ: Zahar, ano. p. 8-278.

FUX, L; MARTINS, H; SHUENQUENER, V. 1. Justiça 4.0: A Transformação Tecnológica do Poder Judiciário Deflagrada Pelo Cnj no Biênio 2020-2022 In: FUX, Luiz; MARTINS, Humberto; SHUENQUENER, Valter. O Judiciário do Futuro - Ed. 2022. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2022. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1672936726/o-judiciario-do-futuro-ed-2022>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2023.

JUSBRASIL. Balcão Virtual e Resolução nº 372/2021 do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://ovcardoso.jusbrasil.com.br/artigos/1195175415/balcao-virtual-e-resolucao-n-372-2021-do-conselho-nacional-de-justica#:~:text=O%20Balcão%20Virtual%20se%20trata,Resolução%20nº%20372%2F2021>. Acesso em: 1 mar. 2023.

PORTAL STJ. Projeto Victor avança em pesquisa e desenvolvimento para identificação dos temas de repercussão geral. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?IdConteudo=471331&ori=1>. Acesso em: 2 mar. 2023.

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, v. 995, set. 2018.

JUNIOR, NELSON NERY; PRINCÍPIOS DO PROCESSO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: subtítulo do livro. 13. ed. São Paulo - SP: Revista dos Tribunais, 2017. p. 22-475.

JUDICIÁRIO eficiente, inovador e transparente: Fux apresenta eixos da gestão no CNJ. CNJ, Brasília, 22 set. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/judiciario-eficiente-inovadoretransparente-fux-apresenta-eixos-da-gestao-no-cnj/> Acesso em: 27.02.2023.

IAPJ. As transformações na prática do direito a partir das inovações e acessibilidades das plataformas de Chatbots com Inteligência Artificial. Disponível em: <https://www.iapj.com.br/colunas/as-transformacoes-na-pratica-do-direito-a-partir-das-inovacoes-e-acessibilidades-das-plataformas-de-chatbots-com-inteligencia-artificial>. Acesso em: 25 abr. 2023.

JUSBRASIL. Princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/principio-da-proporcionalidade-ou-da-razoabilidade/2532448>. Acesso em: 24 abr. 2023.

O Descumprimento da Função Social da Propriedade e Suas Consequências

Breach of Property's Social Function and Its Consequences

Alexandre Barbosa da Silva¹

Gabriela Venturella de Souza²

Murilo Augusto da Silva Berticelli³

Sumário: 1. Introdução; 2. Função social: um direito fundamental; 2.1 A função social da propriedade como um direito social; 2.2 Função social da propriedade no Brasil; 3. As principais formas de intervenção do Estado na propriedade privada; 3.1 Parcelamento e edificação compulsória; 3.2 IPTU progressivo no tempo; 3.3 Desapropriação; 4. A mulher da casa abandonada e a função social da propriedade; 5. Conclusão.

Resumo: A pesquisa tem por problema compreender se o incomodo advindo de imóvel privado, que atinja a vizinhos, por conta de péssimas condições de manutenção e asseio, se revela como motivo para a intervenção do Estado na propriedade privada, com vistas a fazer-se cumprir a sua função social, nos termos do que preconizam a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil Brasileiro. A ideia em debate nasce de uma situação real, que a imprensa denominou como “o caso da mulher da casa abandonada”, conhecido ao ser retratado em um podcast produzido pela Folha de São Paulo, que mostrou as condições insalubres em que uma senhora vive. Diante desta situação, indaga-se, pode o Estado intervir para que se restaure condições adequadas de vida à própria moradora e a seus vizinhos? Pode haver uma intervenção existencial em relação à proprietária? Se positivo, quais os mecanismos que o ente público pode se valer? Para se alcançar respostas, formulam-se hipóteses que precisam ser postas à prova por meio do estudo do conceito contemporâneo da função social da propriedade, seus marcos históricos relevantes, sua importância e as possibilidades de intervenções estatais para garantir sua aplicabilidade no contexto da vida real. O estudo merecerá um paralelo entre a função social da propriedade e a proteção do meio ambiente, que ajudará, ao final da pesquisa, a alcançar-se conclusão sobre se a falta de cuidado com a propriedade privada, a ponto de gerar incômodos a vizinhos e danos ao meio ambiente, pode ser motivo suficiente para que haja intervenção estatal. A metodologia usada será a qualitativa, através de pesquisa bibliográfica. O método é o dedutivo.

Palavras-Chave: Função social da propriedade; Intervenção estatal; Desapropriação.

Abstract: The research aims to understand whether the discomfort arising from private property, which affects neighbors due to poor maintenance and cleanliness conditions, reveals itself as a reason for state intervention in private property, in order to enforce its social function, as envisaged by the 1988 Federal Constitution and the Brazilian Civil Code. The debated idea originates from a real situation, which the media referred to as "the case of the woman in the abandoned house," known when portrayed in a podcast produced by Folha de São Paulo, which showcased the unsanitary conditions in which a lady lives. Faced with this situation, the question arises: can the State intervene to restore suitable living conditions for the resident herself and her neighbors? Can there be an existential intervention concerning the owner? If affirmative, what mechanisms can the public entity employ? To obtain answers, hypotheses are formulated that need to be tested through the study of the contemporary concept of the social function of property, its relevant historical landmarks, its significance, and the possibilities of state interventions to ensure its applicability in the context of real life. The study will merit a parallel between the social function of property

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador e professor do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado – do Centro Universitário UNIVEL E-mail: alexandre@uol.com.br.

² Mestranda em Direito pelo Centro Universitário UNIVEL. E-mail: ga_bi_1309@hotmail.com.

³ Mestrando em Direito pelo Centro Universitário UNIVEL E-mail: berticelli_berticelli@hotmail.com.

and environmental protection, which will assist in reaching a conclusion on whether the lack of care for private property, to the extent of causing inconvenience to neighbors and harm to the environment, can be sufficient reason for state intervention. The methodology used will be qualitative, through bibliographic research. The method is deductive.

Keywords: Social function of property; State intervention; Expropriation.

1. Introdução

O presente texto procura, a partir do “caso da mulher da casa abandonada”, que ficou conhecido ao ser retratado em um podcast produzido pela Folha de São Paulo, em que foi descoberto que a proprietária de uma mansão vive em condições insalubres, entender o que vem a ser a função social da propriedade, e em quais casos pode ocorrer a intervenção estatal, dentre elas a desapropriação, pelo não cumprimento da função social.

Através do caso mencionado, o trabalho se volta a responder o seguinte problema de pesquisa: o odor vindo de propriedade privada é motivo suficiente para que ocorra a intervenção do Estado para o cumprimento da sua função social?

A função social da propriedade é um tema debatido no Brasil, que ganhou forças através de lutas de movimentos sociais. Em consequência disso, a função social é tratada na Constituição Federal como um direito fundamental social.

A medida em que se reconhece a importância dos direitos sociais, o tema ganha mais relevância, de forma que a reflexão sobre a responsabilidade dos proprietários de imóveis em relação a manutenção e correta utilização de seus bens seja devidamente observada em prol da sociedade.

Dessa forma, tanto as propriedades urbanas quanto as rurais devem atender aos interesses da sociedade em geral, e não mais apenas ao do proprietário. Caso seja constatado que alguma propriedade não esteja cumprindo com a sua função social, o Estado deverá intervir para mudar essa situação, através do: (i) parcelamento e edificação compulsória; (ii) cobrança do IPTU progressivo no tempo; e (iii) desapropriação mediante indenização.

2. Função Social: Um Direito Fundamental

Pode-se entender por propriedade um direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Esse direito só será pleno, geral e irrestrito se a propriedade cumprir com a função social, que está determinada no art. 5º, inciso XXIII da Constituição Federal de 1988 (CANUNO, 2010, p. 253). Nesse mesmo sentido, trata o artigo 1.228 do Código de Civil que será analisado mais adiante.

Para Maurício Mota a propriedade é uma construção social que demonstra a vitória nas lutas dos movimentos liberais, que marcam datas históricas como, por exemplo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de forma que o autor conclui que “não

há que se falar mais em propriedade, mas sim em propriedades (cada qual com a diversidade de sua função)” (2008/2009, p. 25).

Há alguns autores que viram a função social apenas como uma forma de impedir abusos, mas, a maior parte da doutrina reconhece a função social como um compromisso do proprietário em atender os interesses da sociedade (FRAZÃO, 2009, p. 14).

A função social da propriedade é um direito fundamental social previsto constitucionalmente, no artigo 5º, inciso XXIII. Mas para falar sobre esse instituto, é necessário, primeiramente, compreender o que é função, e, posteriormente, quando a propriedade passa a ter uma função social.

Alexandre Barbosa da Silva (2018, p. 146), afirma que “por função deve-se entender, igualmente, ações pretendidas por uma pessoa, ou várias, ou ainda do Direito em sua totalidade, em face de pessoas específicas, em situações individualizadas”.

Assim, a função passa a ser social quando o ordenamento jurídico reconhece que interesses de determinados institutos, como contrato e propriedade, não são mais apenas daqueles que estão envolvidos ou do proprietário, mas sim de toda uma sociedade, nesse sentido Silva (2018, p. 148) afirma:

A superação desse paradigma guarda fundamento, também, na consideração de um Direito menos preocupado com a estrutura e mais focado na função. Em outras palavras, encontra-se em curso uma mudança de perspectiva do estudo das ciências jurídicas para além da rígida escola analítica e dos conceitos, migrando-se para a efetividade e concretização dos direitos em relação à pessoa. É sair do abstrato para considerar a realidade.

O conceito de função social é abstrato e indeterminado, além de se confundir com o conceito de propriedade, uma vez que essa deve atender aos interesses sociais, objetivando o alcance do bem comum e devendo ter uma finalidade (TARTUCE, 2021, p. 148 a).

Nesse sentido, Gabriela Prioli resume muito bem o princípio da função social da propriedade:

O princípio da função social da propriedade, por exemplo, foi incluído na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso XXIII) graças ao trabalho político de movimentos sociais, urbanistas e juristas que se articulavam no período da Constituinte em torno de uma agenda de reforma urbana. Esse princípio regula o uso da terra na cidade e no campo, já que determina que a propriedade privada deve obedecer não apenas aos interesses do proprietário, mas também da sociedade, respeitando a legislação e os planos diretores municipais (PRIOLI, 2022, p. 24/25).

Em termos legislativos, a Constituição do México de 1917 e a Constituição Weimar de 1919, da Alemanha, foram as primeiras normas constitucionais que trataram em seu texto legal sobre a função social da propriedade.

A Constituição Weimar garantia o direito à propriedade, mas ela também obrigava o proprietário a fazer bom uso dela, ao mesmo tempo em que deve representar uma função no âmbito no social. Ainda na legislação alemã, a Lei Fundamental da República Alemã de 1949, atual Constituição do país, também obriga a propriedade a estar a serviço do bem comum (MOTA, 2008/2009, p. 26).

Ana Frazão (2009, p. 13) também ressalta a importância da doutrina italiana sobre o assunto:

[...] a doutrina italiana ocupou um importante papel, ajudando a consolidar o entendimento de que a função social alterava a própria estrutura do direito, que passava a assumir um papel promocional do interesse coletivo, mas sem comprometer o núcleo de individualidade inerente à propriedade privada.

É possível verificar que a função social da propriedade é um tema de grande importância, e que os movimentos sociais tiveram um papel relevante acerca do tema. Todas essas legislações acima mencionadas, tem como ponto em comum que a propriedade deve atender às necessidades da população como um todo, e não apenas aos envolvidos com aquele bem. Dessa forma, é possível verificar a função social da propriedade quando aquele imóvel, que pertence à um particular, está em conformidade com os interesses sociais.

2.1 A Função Social da Propriedade como Um Direito Social

A função social da propriedade prevista na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, segundo Flávio Tartuce (2020, p. 149 a), tem forte influência na doutrina do jurista Léon Duguit. Para o francês a propriedade não é um direito subjetivo do proprietário, mas sim uma função social a ser exercida pelo detentor do bem.

Alexandre Barbosa da Silva também explica o pensamento do jurista francês: “[...] a teoria do autor se funda na fuga do individualismo, a partir da afirmação da solidariedade social como fonte de compreensão e respeito do Direito e do Estado” (2018, p. 156).

Nesse sentido, os direitos sociais e a função social da propriedade vieram com o objetivo de tentar diminuir a diferença entre os proprietários de terras e os despossuídos, de forma que a propriedade deixa de ser um direito subjetivo e passa a ter uma função social (PIRES, 2006, p. 150).

Tal instituto se deu, além da influência de Duguit, em decorrência de um processo de luta por direitos sociais, que se desenvolveram durante o Estado Moderno com a ideia de comunidade entre os homens (PIRES, 2006, p. 144/145). Pires afirma também que “o direito de propriedade sofreu, em face das lutas sociais, um processo de relativização de publicização ou socialização, notadamente em se considerando o estado do bem-estar social” (2006, p. 150).

O autor também afirma que a função social da propriedade é decorrente desse processo de socialização, sendo um dos objetivos do Estado Contemporâneo, de forma que a função social da propriedade pode ser entendida como uma “característica inarredável da propriedade privada e pública e ao mesmo tempo um vetor de políticas públicas urbanas e rurais” (2006, p. 159).

2.2 A Função Social da Propriedade no Brasil

No Brasil, a função social da propriedade foi prevista pela primeira vez na Constituição Federal de 1934, contudo, foi apenas na Carta Magna de 1946 que os legisladores abordaram a necessidade de cumprir com esse instituto, além de ter sido incluída como princípios da ordem econômica e social.

Outro instituto jurídico importante historicamente a respeito da função social da propriedade é o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/1964), que traz em seu artigo 2º quando a propriedade da terra estará cumprindo com a sua função social.

Na atual Constituição, a função social da propriedade tem característica de garantia fundamental, previsto no art. 5º, incisos XXII, XXIII e XXIV. Além disso, também é prevista no art. 170, incisos II e III como instituto da ordem econômica e financeira e destacada como uma política urbana no art. 182, §2º.

Ainda, na atual Carta Magna, apesar de tratar a propriedade como um direito, traz que o seu uso não pode se dar de forma irresponsável, pois apenas será protegido se sua função social for cumprida (CANUNO, 2010, p. 254), e, para isso, ela traz em seus dispositivos quando a propriedade, urbana e rural, cumprem com a sua função social.

A propriedade urbana, de acordo com o art. 182, §2º da Constituição Federal afirma que a função social se dará de acordo com as exigências do plano diretos de cada cidade.

Já as propriedades rurais, devem atender à quatro requisitos para estarem de acordo com a função social, que estão previstos nos incisos do art. 186 da Constituição Federal, sendo eles: (i) aproveitamento racional e adequado; (ii) utilização adequada dos recursos

naturais; (iii) observância das leis trabalhistas; e (iv) exploração que favoreça o bem-estar tanto dos proprietários, quanto dos trabalhadores.

Caso o proprietário não cumpra com as exigências do plano diretor, no caso das propriedades urbanas, ou com as exigências previstas constitucionalmente, no caso das propriedades rurais, o Estado poderá intervir naquele local, a fim de que o proprietário passe a cumprir com a função social daquela propriedade.

3. As Principais Formas de Intervenção do Estado na Propriedade Privada

Na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro deixa claro a preponderância do interesse público sobre o interesse privado, o que se vislumbra em diferentes normativas. O próprio Código Civil se resguarda em dispor que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais.

Nesse sentido, não há dúvidas que um dos requisitos ao uso da propriedade é que ela deverá atender a função social. É importante ratificar que, o fato de existir a previsão de que a propriedade deva cumprir com sua função social, não exclui o direito à propriedade propriamente dito, mas sim, busca estabelecer uma harmonia entre tais institutos.

É justamente por este motivo que cada vez mais autores optam por utilizar a expressão “preponderância” do interesse público, ao invés da palavra “supremacia”, para que se possa de fato deixar mais claro que o interesse não preponderante cede espaço sem que ele seja aniquilado (ANDRADE, 2017).

As maneiras que o Estado pode intervir na propriedade, variam de acordo com cada situação fática, em consonância com as previsões legais. As diversas formas de intervenção se aplicam então de maneira a levar em consideração as circunstâncias de cada caso concreto. Assim, a sanção constitucional ao mau proprietário é proporcionalmente maior quanto mais grave for o desrespeito à condição moral da norma.

O art. 242 da Constituição Federal de 1988 ilustra bem esta afirmação, na medida que dispõe os seguintes termos:

As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º (BRASIL, 1988).

A própria Constituição Cidadã prevê em seu art. 182, §4º as sanções que o proprietário fica sujeito caso sua propriedade não cumpra com a função social, sendo elas:

(i) parcelamento, edificação compulsória; (ii) IPTU progressivo no tempo; e (iii) desapropriação.

3.1 Parcelamento e Edificação Compulsória

As primeiras formas de intervenção do Estado é o parcelamento e a edificação compulsória. Tais formas estão previstas na Constituição Federal e no art. 5º do Estatuto da Cidade.

Art. 182, §4º da Constituição Federal - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - Parcelamento ou edificação compulsórios; (BRASIL, 1988).

Na primeira forma de intervenção o proprietário fica obrigado, a partir da notificação do proprietário, como o próprio nome diz, a parcelar o imóvel que estiver sem o devido aproveitamento. Dessa forma, o parcelamento consiste em uma divisão em lotes de uma área ou gleba situada em zona urbana ou de expansão urbana. Como bem define José Afonso da Silva: "É o processo de urbanificação de uma gleba, mediante sua divisão ou redivisão em parcelas destinadas ao exercício das funções elementares urbanísticas." (SILVA, 2002)

Por outro lado, a edificação consiste em obrigar o proprietário a construir em seu imóvel, mediante a o estabelecimento e fixação de parâmetros e prazos.

Como se trata de um instituto de intervenção cujo objetivo é dar a devida destinação ao uso da propriedade, sem, no entanto, desapropriá-la, a edificação compulsória deve sempre visar o aproveitamento urbano da propriedade, consistindo em uma limitação de seu uso e gozo, por uma sujeição que é imposta em benefício a sociedade.

3.2 IPTU Progressivo no Tempo

Outra forma de intervenção estatal na propriedade é o IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) progressivo no tempo. Essa sanção será aplicada quando o proprietário não cumprir com a primeira forma de punição, conforme prevê o art. 7º do Estatuto da Cidade:

Art. 7º - Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 5º do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos (BRASIL, 2001).

Essa intervenção está prevista no art. 182, §4º, II da Constituição Federal. O valor do imposto será mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos.

Assim, o Município deve realizar a notificação do proprietário de imóvel que não estejam atendendo às disposições do plano diretor municipal para que lhe dê adequado aproveitamento, e dessa forma cumpra com sua função social.

A finalidade dessa intervenção é forçar o proprietário a promover o devido aproveitamento do seu imóvel em face de dos interesses sociais, através de uma sanção pecuniária.

3.3 Desapropriação

Caso o proprietário, mesmo com as sanções acima aplicadas, continue não cumprindo com a função social da propriedade, o Estado poderá realizar a desapropriação daquele lote ou imóvel, sendo que essa sanção é uma das formas mais graves (CANUNO, 2010, p. 254/255).

Entende-se por desapropriação, nas palavras de Canuno (2010, p. 254), como “a transferência compulsória da propriedade particular para o Poder Público, mediante justa indenização”. A desapropriação está prevista tanto na Constituição Federal, artigo 182, §4º, inciso III, quanto no Estatuto da Cidade:

Art. 8º do Estatuto da Cidade - Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública (BRASIL, 2001).

Apesar da desapropriação ser a forma mais agressiva de intervenção estatal que está constitucionalmente prevista, mesmo assim, é garantida a justa indenização ao antigo proprietário. A única desapropriação que ocorrerá sem indenização é, de acordo com a Emenda Constitucional nº 81 de 2014, é quando a propriedade, urbana ou rural, tiver a finalidade de trabalho escravo ou plantação psicotrópicas.

4. A Mulher da Casa Abandonada e a Função Social da Propriedade

Em 2022 a história de Margarida Bonetti ficou famosa ao ser contada em um podcast chamado “A Mulher da Casa Abandonada”, produzido pela Folha de São Paulo. Ainda no mesmo ano, a Polícia Civil começou a investigar o imóvel em que Margarida morava, pois

havia inúmeras denúncias de que havia uma mulher que, aparentemente, demonstrava indícios de problemas de saúde mental.

Durante a investigação para atestar a saúde mental da moradora da mansão, o delegado responsável pelo caso afirma que ela mora em condições sanitárias precárias, e continua: “estamos em um mandado de busca porquê [...] ela está lá com esse lixo todo, convivendo, tem animais na casa, ou seja, é um problema social”.

O delegado considera que tal caso é um problema social, de forma que se pode discutir acerca da função social da referida propriedade. Além do depoimento prestado pela autoridade, os vizinhos também relatam que com frequência sentem fortes odores vindo da residência.

Através do relato feito pela vizinhança sobre o cheiro, é importante salientar o §1º do art. 1.228 do Código Civil, que traz que a função social da propriedade deve estar em consonância com a preservação do meio ambiente.

Art. 1.228, §1º do CC - O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, o professor Flávio Tartuce, acredita que tal dispositivo legal é um dos mais importantes da lei civil vigente, e ensina em sua obra:

Voltando à codificação privada, a norma geral civil brasileira foi além de tratar da função social, pois ainda consagra a função socio-ambiental da propriedade. Há tanto uma preocupação com o ambiente natural (fauna, flora, equilíbrio ecológico, beleza naturais, ar e águas), como com o ambiente cultural (patrimônio cultural e artístico) (2018, p. 1041 b).

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é previsto constitucionalmente no art. 225, e o texto legal impõe a obrigação ao Poder Público e à coletividade de preservá-lo.

Dessa forma, uma propriedade em condições insalubres, que chegam a produzir odor que pode ser sentido pela vizinhança, não está cumprindo com a sua função social, muito menos garantindo um meio ambiente saudável. Assim, a propriedade de Margarida não está cumprindo sua função social, e há a necessidade de intervenção estatal no presente caso.

O art. 5º do plano diretor do município de São Paulo traz os princípios da política de desenvolvimento urbano e do plano diretor estratégico, e entre eles, nos incisos II e III estão previstos a função social da propriedade urbana e a função social da propriedade rural.

A lei municipal, no §2º do art. 5º, traz a explicação do que os moradores paulistas podem entender por função social da propriedade urbana:

§2º Função Social da Propriedade Urbana é elemento constitutivo do direito de propriedade e é atendida quando a propriedade cumpre os critérios e graus de exigência de ordenação territorial estabelecidos pela legislação, em especial atendendo aos coeficientes mínimos de utilização determinados nos Quadros 2 e 2ª desta lei (SÃO PAULO, 2014).

Ainda, o art. 90 do plano diretor traz como o Estado deve proceder nos casos em que a propriedade não cumpre com a função social:

Art. 90. O Executivo, na forma da lei, poderá exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado, ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I – Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios;

II – Imposto Predial e Territorial Urbano Progressivo no Tempo;

III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública (SÃO PAULO, 2014).

Dessa forma, seguindo a determinação do plano diretor do município de São Paulo, o Estado e a Constituição Federal, percebe-se que a primeira forma de tentativa do cumprimento da função social da propriedade não tem como ser aplicado, uma vez que o terreno já tem uma construção.

Nesse sentido, as opções que permanecem a ser aplicadas pelo Estado seria ou o IPTU progressivo no tempo ou a desapropriação. Contudo, através do que se sabe do caso de Margarida e das condições insalubres em que ela vive, questiona-se se a proprietária está em condições psíquicas normais para conseguir manter aquela propriedade de acordo com os interesses da sociedade.

5. Conclusão

O presente trabalho trouxe que a discussão acerca da função social da propriedade não é de hoje, mostrando que há muitos anos vem sendo defendido o argumento pela maior parte da doutrina que a propriedade deve cumprir com a função social, ou seja, deve trazer benefícios não só ao proprietário do imóvel, mas para toda a sociedade.

A preocupação de que a propriedade deva cumprir com uma função social, surgiu com a luta de movimentos liberais e resultou, na lei brasileira, a característica da função social como um direito constitucional.

A função social da propriedade, como visto anteriormente, não diz respeito apenas ao cumprimento da finalidade social e econômica, mas também deve estar em consonância

com os princípios ambientais, preservando a fauna, flora e o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como traz o art. 1.228, §1º do Código Civil.

O caso apresentado sobre a mulher da casa abandonada traz justamente essa perspectiva. Ao ser constatado que a proprietária do imóvel morava em condições insalubres, foi expedido mandado de segurança para atestar a saúde mental da dona da propriedade, e, na oportunidade, o delegado responsável pelo caso afirma que estão diante de um problema social, tendo em vista o estado em que a mansão teria sido encontrada. Ainda, há o relato de vizinhos acerca do frequente odor que sai da propriedade.

Assim, analisando as formas de intervenção do Estado, é possível verificar que o parcelamento, edificação ou utilização compulsória não terá efetividade tendo em vista que já existe uma construção no terreno. Dessa forma, seria necessário partir para as outras duas formas de intervenção: IPTU progressivo no tempo e a desapropriação.

Contudo, nesse caso, apesar da clara violação à função social da propriedade por parte da proprietária do imóvel, é preciso levar em considerações as condições psíquicas que provavelmente ela se encontra. Em caso de constatação de que de fato a proprietária tem algum problema psíquico, nenhuma das formas de intervenção estatal prevista na Constituição será possível para resolver o problema.

Dessa forma, o Estado precisará agir não na aplicação de penalidade pelo descumprimento da função social, mas sim buscar formas de ajudar a dona do imóvel a recuperar suas condições psíquicas para poder cuidar de sua propriedade, ou, até mesmo, em casos mais graves, nomear um curador que possa ficar responsável, tanto pela proprietária, quanto pelo cuidado da propriedade.

Referências

ANDRADE, L.Q. Desapropriação: aspectos gerais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/113/edicao-1/desapropriacao:-aspectos-gerais> > Acesso em: 15 mar 2023.

BRASIL. Constituição Federal, Brasília, DF: 1988, disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > Acesso em: 12 mar 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 81, Brasília, DF: 2014, disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc81.htm > Acesso em: 18 ago 2023.

BRASIL. Estatuto da Cidade, Brasília, DF: 2001, disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm > Acesso em: 12 mar 2023.

BRASIL. Estatuto da Terra, Brasília, DF: 1964, disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4504.htm > Acesso em: 5 mar 2023.

CANUNO, E.M.A. Direito à moradia urbana: aspectos da dignidade da pessoa humana. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FRAZÃO, A. Direito Civil Contemporâneo. A função social da empresa na constituição de 1988, Brasília: Obcursos, 2009. Disponível em: < https://www.academia.edu/30978577/A_fun%C3%A7%C3%A3o_social_da_empresa_na_constitui%C3%A7%C3%A3o_de_1988_in_VIEGAS_Frederico_Org_Direito_Civil_Contempor%C3%A2neo > Acesso em: 7 mar 2023.

G1. Casa abandonada em Higienópolis: Entenda o caso da mulher que vive em mansão de SP. São Paulo, 20 jul 2022. Disponível em: < <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/07/20/casa-abandonada-em-higienopolis-entenda-o-caso-da-mulher-que-vive-em-mansao-de-sp.ghtml> > Acesso em: 7 mar 2023.

MOTA, M.J.P. Fundamentos teóricos da função social da propriedade: a propriedade em Tomás de Aquino. Revista Jurídica, Brasília, v. 10, n. 92, p. 01-37, 2008/2009.

PIRES, É. A origem da função social da propriedade e sua aplicabilidade à propriedade pública. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 1, n. 1, 3º quadrimestre de 2006.

PRIOLI, G. Política é para todos. 2ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2022.

SÃO PAULO. Plano diretor. São Paulo, SP: 2014, disponível em: < https://gestaourbana.prefeitura.sp.gov.br/arquivos/PDE-Suplemento-DOC/PDE_SUPLEMENTO-DOC.pdf > Acesso em: 8 maio 2023.

SILVA, A.B. Propriedade sem registro: contrato e aquisição da propriedade imóvel. Curitiba: Juruá, 2018.

SILVA, J.A. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

TARTUCE, F. Direito Civil: direito das coisas. v. 4. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 a.

TARTUCE, F. Manual de direito civil: volume único. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018 b.

VIVIAN, W.A.B. Estatuto da Cidade. Função social dos instrumentos urbanísticos: parcelamento, edificação e utilização compulsória. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, 2021, n. 4874, 4 nov 2016. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/35597/estatuto-da-cidade-funcao-social-dos-instrumentos-urbanisticos> > Acesso em: 12 mar 2023.

Eu, Robô: a (Im) Possibilidade da Utilização da Inteligência Artificial em Substituição ao Mediador.

I, Robot: the (Im) Possibility of Using Artificial Intelligence to Replace the Mediator.

Alline Berger de Oliveira¹

Beatriz de Souza Machado²

Reichiele Vanessa Vervloet de Carvalho Malanchini³

Sumário: 1. Eu Robô: o fascínio pela inteligência artificial. 2. A Inteligência Artificial na vida real. 3. Áreas envolvidas na simulação de um ser humano. 4. O estado da arte da inteligência artificial. 5. Considerações finais 6. Referências.

Resumo: A inteligência artificial foi concebida para ensinar computadores a aprender, a se comunicar e tomar decisões como se fossem humanos, bem como aprimorar os programas de computador para que realizem tarefas anteriormente somente executadas por humanos. Com o avanço tecnológico, a inteligência artificial é uma excelente ferramenta para a redução de custos, tempo e aumento de desempenho das tarefas, sendo utilizada inclusive em âmbito jurídico brasileiro com a implementação do programa justiça 4.0”, em sessões de pré mediação. Contudo, as questões éticas envolvendo a inteligência artificial geram debates no meio acadêmico em razão das consequências jurídicas e sociais do uso da inteligência artificial. A obra “Eu Robô”, do escritor russo Issac Asimov (1920-1992), ilustra por meio de contos a tendência de humanização dos robôs, capazes de demonstrar sentimentos de afeição e criar vínculos como os humanos. Com base na ficção de Asimov e da partir da premissa que em uma sessão de mediação existe a escuta ativa do mediador e que os mediandos expressam seus sentimentos, necessidades e interesses, seria possível admitir um mediador não humano, ou seja, uma inteligência artificial para conduzir o processo de mediação? O presente artigo pretende responder ao questionamento sobre os limites éticos para a utilização de uma inteligência artificial em substituição a mediadores humanos. O método utilizado foi o dedutivo, com revisão bibliográfica de livros e artigos científicos sobre o tema e conclui pela impossibilidade de substituição do mediador humano pela inteligência artificial em virtude da complexidade dos conflitos.

Palavras chaves: inteligência artificial; mediador; ética

Abstract: Artificial intelligence was conceived to teach computers to learn, communicate and make decisions as if they were humans, as well as to improve computer programs to perform tasks previously only performed by humans. With technological advances, artificial intelligence is an excellent tool for reducing costs, time spent and to improve performance in tasks execution, being used even in the Brazilian legal field with the implementation of the

¹ Servidora Pública do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Mediadora Judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Especialista em Mediação Familiar pelo Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos. Pós Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera São Paulo. E-mail allberger@gmail.com

² Graduada em Análise e Desenvolvimento de Sistemas pela Faculdade Católica Salesiana do Espírito Santo - Vitória, UNISALES, Brasil. E-mail: beatrizdesouza@gmail.com

³ Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pós Graduada em Mediação de Conflitos pela ESAMG. Mediadora Judicial do do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, Brasil. Professora universitária. Advogada. E-mail reichiele@gmail.com

"Justiça 4.0" program, as in pre-mediation sessions. However, ethical issues involving artificial intelligence have generated debates in academic environment about legal and social consequences of using artificial intelligence. The work "I, Robot", by the Russian writer Issac Asimov (1920-1992), illustrates by stories the bias of humanization of robots, capable of showing feelings of affection and creating bonds like humans do. Based on Asimov's fiction and on the premise that in a mediation session, there is an active listening by the mediator and those mediators express their feelings, needs and interests, it would be possible to admit a non-human mediator, in other words, an artificial intelligence to conduct the mediation process. This article intends to answer the question about the ethical limits for the use of artificial intelligence to replace human mediators. The method was used is a bibliographical review of books and scientific articles about the subject and concludes that it is impossible to replace the human mediator with artificial intelligence due to the complexity of the conflicts.

Keywords: artificial intelligence; mediator; ethics.

1. Eu Robô: o Fascínio pela Inteligência Artificial.

A inteligência artificial e as consequências de sua utilização são assuntos de debate global, uma vez que é está inserida no cotidiano social, com intensas transformações da sociedade e estimula o homem a vislumbrar novas possibilidades de comunicação, ação e pensamento anteriormente apenas imaginadas por meio da literatura e da indústria cinematográfica.

Entre as diversas obras sobre o tema da tecnologia, inteligência artificial e uso de máquinas pelo ser humano, destaca-se a obra do escritor russo Isacc Asimov (1.920 – 1.992) denominada "Eu Robô", com vários contos sobre o uso de máquinas e inteligência artificial na vida diária das personagens e que mostram a evolução dos autômatos através do tempo, relatados pela personagem da Dra. Susan Calvin que é uma autoridade em cérebros positrônicos e por meio de suas memórias apresenta a experiência dos humanos e suas máquinas. A obra apresenta as três Leis da Robótica, que são elas por ordem de prioridade: i) *Um robô não pode ferir um ser humano ou, por inação, permitir que um ser humano sofra algum mal*, ii) *um robô deve obedecer às ordens dadas por seres humanos, exceto nos casos em que tais ordens entrem em conflito com a Primeira Lei* e iii) *um robô deve proteger sua própria existência desde que tal proteção não entre em conflito com a Primeira ou a Segunda Lei*. O termo robótica foi utilizado pela primeira vez nessa obra de Asimov em 1950.

A História da humanidade experimentou progressos tecnológicos em vários períodos, em especial a partir da Primeira Revolução Industrial (1775 d. C), com a máquina a vapor de Watt até os tempos atuais com a grande revolução digital que criou uma simbiose entre os domínios físico, biológico e digital⁴.

Embora o ser humano ainda ocupe a centralidade no cenário globalizado, o homem é estimulado pelas máquinas, seja na execução de suas atividades diárias, seja no receio de

⁴ BARCAROLLO, F *Inteligência artificial*: aspectos ético-jurídicos. São Paulo: Almedina, 2021, p. 26

substituição em seu trabalho, o que gera os debates sobre os limites éticos do uso da tecnologia. “*Novos desafios e oportunidades, em tempos de disrupção digital da (e na) sociedade complexa, a exemplo de algoritmos que aprendem de forma independente a partir de dados não estruturados utilizando a computação digital.*”⁵ Não se desconhece a evolução da inteligência artificial que aparentemente não encontra limites em suas formas de aprendizado e adaptação às demandas impostas pela realidade e necessidades humanas, contudo, permanece as dúvidas sobre os benefícios que a tecnologia possa trazer às relações humanas.

A leitura da obra de Asimov na contemporaneidade renova o debate sobre os limites éticos do uso da tecnologia como substituição do trabalho humano, em especial em atividades que implicam tomada de decisão ou gerenciamento de conflitos, como é o caso do ofício de mediador.

Com efeito, as denominadas “*ODR’s – on line dispute resolution*”, ou seja, a incorporação da tecnologia aos meios adequados de solução de conflitos (como por exemplo, mediação, conciliação e arbitragem) expandiram em virtude da crise sanitária de COVID-19 que determinou a virtualização das relações econômicas para que fosse possível a continuidade dos negócios e incentivou o uso da tecnologia para o gerenciamento de conflitos durante os períodos de isolamento social. Após o retorno das atividades presenciais, a utilização das ferramentas tecnológicas para apoio nos procedimentos de pacificação de conflitos se manteve operante e com adesão de boa parte dos mediandos⁶.

Contudo, as denominadas ODR’s não tornaram prescindível que a mediação não fosse conduzida por um humano. O uso da tecnologia como ferramenta da mediação não trouxe a substituição do mediador humano nas sessões de mediação conflitos, porém, tal hipótese que já é levada a estudo considerando o avanço da inteligência artificial.

O presente artigo busca responder a questão se o mediador pode ser substituído pela inteligência artificial e quais as seriam os impactos do uso da tecnologia em sessões de mediação, que foram concebidas para pacificação de conflitos entre humanos.

Para tanto, passamos a esclarecer o que é a inteligência artificial para posteriormente tratar de sua aplicação em sessões de mediação.

2.A Inteligência Artificial na vida real.

A robótica e a automação são assuntos que ocupam o imaginário popular há muito

⁵ BARCAROLLO, F. *Inteligência artificial: aspectos ético-jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 26

⁶ LOSS, Juliana, ARBIX, Daniel. *Resolução on line de disputas: casos brasileiros*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2022, p. 15.

tempo, temos o livro de Asimov como exemplo e, séculos antes, algumas obras de Jacques de Vaucanson, artista e inventor francês. Em meados do século 20, nasceu o conceito de “Inteligência Artificial” (IA). Embora a arte mostre máquinas completamente autônomas e com alta semelhança com os seres humanos, o caminho a ser percorrido para que esse vislumbre se torne realidade ainda é longo.

No início da década de 1940, o matemático e cientista da computação britânico, Alan Turing introduziu os primeiros conceitos do que viria a se tornar a área de estudo conhecida como inteligência artificial. Embora o termo inteligência artificial tenha sido citado formalmente pela primeira vez por McCarthy durante um workshop no Dartmouth College em Hanover no verão de 1956, Turing é considerado o pai da inteligência artificial pela abordagem que fez em seu artigo “Computing Machinery and Intelligence”, em que apresentou seu teste para verificar se o computador é capaz de se passar por um humano, o que é conhecido como Teste de Turing. O primeiro trabalho atualmente reconhecido como IA foi desenvolvido anos antes, em 1943, por Warren McCulloch e Walter Pitts que tinham como objetivo reproduzir o comportamento de neurônios.

Muito tem se falado e se desenvolvido desde então, de jogos de xadrez a máquinas capazes de realizar procedimentos cirúrgicos. A interpretação da linguagem escrita feita por chatbots permite o atendimento automatizado em diversas áreas, de bancos à consultórios médicos. A abrangência da atuação da inteligência artificial está tanto em carros autônomos quanto em jogos eletrônicos, e tem seu uso tem se expandido e facilitado diversas outras áreas científicas, comerciais e de entretenimento.

O próprio conceito de inteligência é algo sobre o qual ainda se discute, mas uma definição é que inteligência é a capacidade de compreender, de aprender e de se adaptar a novas situações, de raciocinar e de resolver problemas e conflitos.⁷

Basicamente, o estudo de IA busca produzir um sistema capaz de ter essas mesmas capacidades ou algumas delas. Para atingir tal objetivo, esse campo de estudo envolve várias áreas científicas, como computação, matemática, estatística, biologia, mecânica e psicologia. Dentro do que é discutido sobre o que pode ser considerado como inteligência artificial, há várias abordagens, três delas são:

- i. Agir como um humano (teste de Turing): na década de 1950, Turing propôs que um sistema computacional pudesse ser considerado inteligente caso não fosse possível diferenciar suas respostas das de uma pessoa. Na versão inicial do teste, o avaliador enviava perguntas por escrito para a máquina e

⁷ UOL. *Michaelis*, 2023. *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>. Acesso em 02 ago. 2023.

para uma pessoa e então analisava as respostas para definir sua origem. Atualmente, esse teste abrange não só a escrita como também a escuta, a fala, a visão e comportamentos físicos e corporais;

- ii. Pensar como um humano: nessa abordagem, há a tentativa de reproduzir de forma sintética o comportamento de um cérebro humano. A ciência cognitiva e a neurociência são base para a construção computacional;
- iii. Agir racionalmente: considera como inteligência artificial um agente capaz de tomar decisões racionais de forma autônoma, conseguindo atingir o objetivo dentro do contexto para o qual foi designado. Requer uma representação matemática do conhecimento para que possa se guiar e fazer adendos à própria base de conhecimento.

Para tal, são utilizados agentes racionais, ou agentes inteligentes, cujo objetivo é executar alguma ação a partir de um contexto, para atingir um objeto específico. Um sistema de inteligência artificial pode ser composto por vários agentes com funções distintas.

3.Áreas Envolvidas na Simulação de um Ser Humano

Considerando a atuação de uma IA na função complexa de um mediador, de forma a substituir completamente a figura humana, seria necessário que o sistema fosse capaz de falar e de compreender conversas, ver e compreender expressões faciais, aprender técnicas para lidar com situações de conflito, ter conhecimento jurídico para facilitar o entendimento entre as partes e evoluir esse conhecimento a cada nova experiência. Ou seja, deve ser capaz de se adequar rapidamente à situação de forma a observar a melhor forma de lidar com cada situação e com cada indivíduo. Para atingir esse objetivo, um sistema necessitaria das seguintes habilidades:

- b. Processamento de linguagem natural: área que estuda a compreensão computacional da linguagem humana com o propósito de execução de tarefas úteis;⁸
- c. Representação do conhecimento: modelos matemáticos do ambiente de atuação da IA, de suas capacidades e objetivos. Servem de base para construção dos algoritmos responsáveis pela execução das tarefas para as quais a ia será utilizada;⁹
- d. Raciocínio automatizado: é a utilização de técnicas de matemática e de lógica para

⁸ CHEN, K.C.; YOSHIMI, J. (2023). *The metaphysical neutrality of cognitive science*. Synthese. 201. 10.1007/s11229-023-04046-0.

⁹ GELFOND, Michael; KAHL, Yulia. *Knowledge Representation, Reasoning, and the Design of Intelligent Agents: The Answer-Set Programming Approach*. 1ª Ed. Cambridge University Press, 2014.

- conduzir a solução de um problema a ponto de se concluir o que deve ser feito ou o que não deve ser feito;
- e. Aprendizado de máquina: capacidade de se adaptar a novas situações, excedendo as definições iniciais;
 - f. Visão Computacional: capacidade de perceber estímulos visuais do ambiente através de olhos robóticos ou do processamento das imagens captadas por câmeras. Abrange a identificação dos objetos, percepção de distância, de velocidade e de previsão de movimento, por exemplo, assim como fazem olhos humanos;
 - g. Robótica: são agentes físicos capazes de captar sinais e de interagir com o ambiente, como sensores, braços mecânicos para manuseio de objetos e robôs capazes de fazer expressões faciais, por exemplo;
 - h. Ciência Cognitiva: é o estudo da mente e de seu funcionamento, como reage a estímulos e como o corpo responde a eles. Esse estudo torna possível o reconhecimento de emoções através da fala, escrita e expressões faciais, por exemplo.¹⁰

Qual seria o cenário da inteligência artificial atualmente?

4.O Estado da Arte da Inteligência Artificial

A inteligência artificial tem evoluído muito nos últimos anos, principalmente do ponto de vista da abordagem de agir racionalmente, com o desenvolvimento maior da subárea de aprendizagem de máquina.¹¹ Nessa abordagem, não se espera que a máquina tenha uma postura semelhante à humana, mas que seja capaz de resolver problemas de forma satisfatória. O tratamento de grandes volumes de dados em intervalos muito curtos de tempo é um exemplo de tarefa em que um computador atua de forma mais eficiente do que uma pessoa e é uma atuação amplamente utilizada em diversas áreas de atuação e de pesquisa.

A ciência cognitiva auxilia a pesquisa e desenvolvimento de máquinas capazes de interagir de forma mais semelhante aos humanos e também conta com a inteligência artificial para sua própria evolução.¹² O processamento de linguagem natural permite a comunicação humano-máquina de forma quase fluida para contextos específicos, mas a comunicação generalista ainda está em progresso. O estudo do cérebro humano para compreender e interpretar emoções avança continuamente, porém ainda não há uma máquina capaz de

¹⁰ UDDIN, M. *Cognitive Science and Artificial Intelligence: Simulating the Human Mind and Its Complexity*. Cognitive Computation and Systems. 1. 10.1049/ccs.2019.0022.

¹¹ PRASAD, R; CHOUDHARY, Purva. (2021). *State-of-the-Art of Artificial Intelligence*. Journal of Mobile Multimedia. 10.13052/jmm1550-4646.171322.

¹² UDDIN, M. *Cognitive Science and Artificial Intelligence: Simulating the Human Mind and Its Complexity*. Cognitive Computation and Systems. 1. 10.1049/ccs.2019.0022.

replicar completamente a funcionalidade.

5. Considerações finais

Fundamental trazer o papel do mediador na resolução de conflitos para fins de análise de substituição do Mediador por Inteligência Artificial. Pinho (2015) ensina que o mediador tem o papel de ajudar na comunicação meio da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos, além disso afirma que como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas, ou seja, conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas¹³

Além disso, traz excelente panorama no que concerne a mediação, como sendo um trabalho artesanal pois cada caso é único. Demanda tempo, estudo, análise aprofundada das questões sob os mais diversos ângulos. O mediador deve se inserir no contexto emocional-psicológico do conflito. Deve buscar os interesses, por trás das posições externas assumidas, para que possa indicar às partes o possível caminho que elas tanto procuravam¹⁴.

O procedimento de mediação perpassa por diferentes fases, não tendo uma ordem a ser seguida e sim uma flexibilidade ajustável a cada caso, que pode ser dividido em (i) pré-mediação ou estágio preliminar; (ii) abertura da mediação; (iii) acesso ao conflito; (iv) investigação aprofundada do conflito; (v) redefinição do conflito e criação de alternativas; (vi) formulação e negociação de propostas; (vii) tomada de decisão consensual e término da mediação; (viii) acompanhamento. Ao longo das etapas poderá ou não a depender da conveniência utilizar a ferramenta reuniões privadas¹⁵.

No decorrer das etapas da mediação, o mediador no exercício da função de facilitador do diálogo entre as pessoas envolvidas na situação conflituosa, utiliza ferramentas que são fundamentais para a desconstrução de impasses e limpeza dos ruídos na comunicação, entre as quais, o *rapport*, validação de sentimentos, e visitar o lugar do outro, são instrumentos capazes de catalisar o alcance das necessidades e interesses pela compreensão dos sentimentos envolvidos.

¹³ PINHO, H.D.B... *O histórico da Lei de Mediação brasileira: do Projeto de Lei 94 à Lei 13.140/2011*. Revista dos Tribunais online. P. 01-02. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 46/2015 | p. 123 - 139 | Jul - Set / 2015 DTR\2015\13113)

¹⁴ PINHO, H.D.B de. *Os princípios e as garantias fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 11 do PLS 166/10*. Revista Eletrônica de Direito Processual Civil, vol. VI, julho/dezembro de 2010. www.redp.com.br. Acesso em 01/08/2023, p. 67).

¹⁵ JONATHAN, E; ALMEIDA, R.A. *Dinâmica da Mediação: Etapas*. In Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes. Coordenadores Tania Almeida, Samantha Pelajo e Eva Jonathan. 2ª edição. Editora Juspodivm. p. 239. 2019.

A respeito do *Rapport*, Girade¹⁶ ilustrou que os primeiros minutos de contato entre o mediador e as partes são fundamentais para a criação de uma primeira boa impressão. É justamente nesse contado inicial que o *rapport* é estabelecido ou não.

O *Rapport* ajuda na manutenção do fluxo da comunicação, criando um contexto de comprometimento, harmonia e cooperação, no qual as pessoas possam caminhar juntas em uma mesma direção¹⁷.

O *rapport* estabelece confiança entre os mediandos e mediador, nas palavras de Costa (2022, p 27), um senso de paridade pode incentivar as partes a se comunicarem totalmente com o mediador, geralmente fornecendo a ele as informações necessárias para encontrar um acordo benéfico a todos a fim de possibilitar os ganhos para ambas as partes¹⁸.

A validação de sentimentos é a prática de reconhecer e aceitar os sentimentos de alguém como legítimos, independentemente de concordar ou não com a situação que os gerou. Isso envolve demonstrar empatia e compreensão em relação aos sentimentos da pessoa, o que pode ajudar a fortalecer o relacionamento e promover uma comunicação mais aberta.

Tânia Almeida¹⁹ ensina que essa ferramenta é usada em situações de discordâncias da escuta do ponto de vista do outro, geralmente a escuta é no sentido de responder e reagir a fala do outro, o que anseia o contra ataque com respostas e desejo de interrupção da fala do outro e a necessidade de contra-argumentar.

A validação de sentimentos tem por objetivo legitimar, no sentido de justificar positivamente, condutas aparentemente inadequadas dos mediandos: a interrupção da fala do outro e/ou posturas reativas, agressivas ou provocativas²⁰.

O alcance ao lugar do outro é gerado por uma conexão entre pessoas, que mergulha em um turbilhão de sentimentos comuns de diversas ordens, modificando o transcurso fisiológico do ser humano.

Nos ensinamentos de Almeida²¹ essa ferramenta é oportunidade de entender o ponto de vista do outro, incluindo, genuinamente, sua perspectiva em relação ao ocorrido e sua

¹⁶ CORRÊA, M.G.. Encontro Online M9GC *Conflict Resolution Training*. A Fase Inicial da Mediação – Rapport e Declaração de Abertura. p. 27 09/2018)

¹⁷ CORRÊA, M.G Encontro Online M9GC *Conflict Resolution Training*. A Fase Inicial da Mediação – Rapport e Declaração de Abertura. p. 27 09/2018)

¹⁸ BAYER, S, PELAJO, S. NASCIMENTO, D. *Mediação de Conflitos*. Temas Atuais. Brasília: Editora Comissão Especial de Mediação e Conciliação. OAB Nacional, 2022, p. 27

¹⁹ ALMEIDA, T. *Caixa de Ferramentas. Aportes Práticos e Teóricos*. 4 ed. São Paulo: Editora Dash, 2018, p. 69 e 245.

²⁰ ALMEIDA, T. *Caixa de Ferramentas. Aportes Práticos e Teóricos*. 4 ed. São Paulo: Editora Dash, 2018, p. 70

²¹ ALMEIDA, T. *Caixa de Ferramentas. Aportes Práticos e Teóricos*. 4 ed. São Paulo: Editora Dash, 2018, p. 67

visão de mundo, o que gera entendimento da linha de raciocínio das motivações que levaram àquela postura e parâmetros norteadores de necessidades, interesses e valores que motivaram a controvérsia²².

Dentre as técnicas de comunicação, especificamente as apontadas neste estudo, podemos concluir que, atualmente, é possível utilizar a inteligência artificial na mediação? A inteligência artificial tem sido cada vez mais explorada em diversas áreas, incluindo a resolução de conflitos. No entanto, é importante entender que a substituição total e indiscriminada de mediadores humanos pela inteligência artificial pode ter limitações e desafios, como por exemplo no uso das técnicas do *rappport*, validação e sentimentos e visitar o lugar do outro.

Além disso, a inteligência artificial pode sugerir soluções com base em análises de dados, mas a tomada de decisão final em questões éticas e complexas geralmente requer um julgamento humano que leve em consideração diversos fatores.

Embora haja avanços significativos nessa área, ainda, está em constante evolução. A substituição completa de mediadores humanos pela inteligência artificial merece um desenvolvimento tecnológico mais avançado.

Dessa maneira, a inteligência artificial pode ser uma ferramenta útil para auxiliar na resolução de conflitos em algumas situações, no atual contexto, é impossível que ela substitua completamente os mediadores humanos, especialmente em casos complexos que envolvem emoções, subjetividade e contexto cultural.

Referências

- ALMEIDA, T. *Caixa de Ferramentas. Aportes Práticos e Teóricos*. 4 ed. São Paulo: Editora Dash, 2018.
- ASSIMOV, I. *Eu, robô*. Trad. Alline Sorto Pereira. São Paulo: Aleph, 2014.
- BARCAROLLO, F. *Inteligência artificial: aspectos ético-jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2021.
- BAYER, S, PELAJO, S. NASCIMENTO, D. *Mediação de Conflitos*. Temas Atuais. Brasília: Editora Comissão Especial de Mediação e Conciliação. OAB Nacional, 2022
- BRIQUET, E.C. *Manual de Mediação: teoria e prática na formação do mediador*. Petrópolis: Vozes, 2016.
- CHEN, K.C.; YOSHIMI, J. (2023). *The metaphysical neutrality of cognitive science*. Synthese. 201. 10.1007/s11229-023-04046-0.

²² ALMEIDA, T. *Caixa de Ferramentas. Aportes Práticos e Teóricos*. 4 ed. São Paulo: Editora Dash, 2018.

- CORRÊA, M.G. Encontro Online M9GC *Conflict Resolution Training*. A Fase Inicial da Mediação – Rapport e Declaração de Abertura. p. 27 09/2018)
- GÄRTNER, K; CLOWES, R. (2023). *Interdisciplinarity in Cognitive Science and the Nature of Cognition*. 10.1007/978-3-031-20405-0_9.
- GELFOND, M; KAHL, Y. *Knowledge Representation, Reasoning, and the Design of Intelligent Agents: The Answer-Set Programming Approach*. 1ª Ed. Cambridge University Press, 2014.
- JONATHAN, E; ALMEIDA, R.A. *Dinâmica da Mediação: Etapas*. In Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes. Coordenadores Tania Almeida, Samantha Pelajo e Eva Jonathan. 2ª edição. Editora Juspodivm. p. 239. 2019.
- LOSS, J, ARBIX, D (org). *Resolução on line de disputas*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2022.
- PRASAD, R; CHOUDHARY, P. (2021). *State-of-the-Art of Artificial Intelligence*. Journal of Mobile Multimedia. 10.13052/jmm1550-4646.171322.
- PINHO, H.D.B. *Os princípios e as garantias fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 11 do PLS 166/10*. Revista Eletrônica de Direito Processual Civil, vol. VI, julho/dezembro de 2010. www.redp.com.br. Acesso em 01/08/2023, p. 67).
- _____. *O histórico da Lei de Mediação brasileira: do Projeto de Lei 94 à Lei 13.140/201*. Revista dos Tribunais online. P. 01-02. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 46/2015 | p. 123 - 139 | Jul - Set / 2015 DTR\2015\13113)
- RUSSELL, S; NORVIG, P. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. 4ª Ed. Pearson, 2022.
- SARLET, I.W., REICHELT, L.A... CALIENDO, P. *Inteligência artificial e direito*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2023.
- TAYLOR, S. (2023). *Tasks in cognitive science: mechanistic and nonmechanistic perspectives*. Phenomenology and the Cognitive Sciences. 10.1007/s11097-023-09908-z.
- UDDIN, M. *Cognitive Science and Artificial Intelligence: Simulating the Human Mind and Its Complexity*. Cognitive Computation and Systems. 1. 10.1049/ccs.2019.0022.
- UOL. *Michaelis*, 2023. Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>. Acesso em 02 ago. 2023.

Ativismo Judicial no Brasil: A Partir de que Momento o Juiz se Torna Legislador?

Ana Clara Cabral de Sousa Cunha¹

Resumo

Muito se tem discutido acerca do ativismo judicial, notadamente no que toca ao protagonismo do juiz e não ao juiz como expectador das provas do processo. Na perspectiva do ativismo judicial o demandante necessita ter o seu direito reconhecido, o que nem sempre deve ocorrer, por inexistência de amparo legal para tanto. Excepcionalmente, pode ocorrer a necessária intervenção do Poder Judiciário para viabilizar o exercício de direitos assegurados pela Constituição, que se encontram inviabilizados por eventuais omissões.

Palavras-Chave: Ativismo judicial; Brasil; Julgador; Legislador.

Introdução

O ativismo judicial vem trazendo diversas discussões no meio jurídico, tendo em vista que ele se caracteriza pela interpretação proativa e específica da lei. O ativismo judicial é um fenômeno universal e ocorre quando o juiz ou as Cortes entendem que necessitam ir muito além do que diz a norma. A presente pesquisa pretende fazer uma análise do ativismo judicial, considerando o princípio constitucional da Separação dos Poderes, bem como discutir a forma como o ativismo pode influenciar ou trazer prejuízos para os indivíduos, considerando que o Princípio da Separação dos Poderes é um instrumento que visa evitar ou coibir abusos institucionais mediante a utilização de Freios e Contrapesos.

A pesquisa será desenvolvida por meio de doutrinas, julgados e leis adequados ao estudo do ativismo judicial no Brasil fazendo uma análise acerca do poder de “legislar” do julgador.

Vale ressaltar que a fonte política para legitimidade normativa é do povo por meio dos seus representantes eleitos, sob pena de termos uma ditadura de toga, eis que compete ao legislador, representante eleito pelo povo, a incumbência constitucional de legislar de acordo com os anseios e valores da população.

Diante do exposto, apenas de forma excepcional, justificada e fundamentada, bem como em casos em que impedem o exercício de direitos assegurados, deve haver a intervenção judicial substitutiva da atuação normativa do legislador, mediante parâmetros assegurados pela própria Constituição Federal.

¹ Doutoranda em Direito pela UNESA/RJ, Mestra em Direitos Humanos pela UNIEURO/DF, Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UGF/RJ, Especialista em Direito Constitucional pela UNISUL/SC, Especialista em Direito Ambiental pela UNINTER/RO, Licenciada em Filosofia pela UNESA/DF, Advogada inscrita na OAB/RO e OAB/DF.

Ativismo Judicial no Brasil

O presente estudo é importante tendo em vista a discussão acerca do ativismo judicial como um fenômeno mundial. Tal discussão está longe de ser considerada pacífica. É necessário um debate entre aqueles que entendem pela necessária atuação do Poder Judiciário frente aqueles que afirmam que o ativismo ofende a Separação dos Poderes. Observa-se que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e que o Princípio da Separação dos Poderes é um instrumento que visa evitar ou coibir abusos institucionais mediante a utilização de Freios e Contrapesos. Não há como permitir que os juízes, que não possuem legitimidade para representar a vontade do povo, adotem uma postura protagonista no processo em detrimento da vontade do povo representada pelo legislador.

Tudo para mostrar que nem o “juiz boca da lei” (o exegeta) e nem o “juiz dono da lei” (aquele que decide como quer e disfarça seus dribles na lei) estão certos. Longe disso. Acreditem: o sentido da lei só existe no seu contexto. O texto da lei só existe na sua norma; e a norma só existe a partir do seu texto. Nesse contexto, o intérprete-juiz – inserido em uma tradição jurídica que, em uma democracia, impõe-lhe responsabilidade política – tem um papel de mediação; o papel de realizar o devido ajuste institucional. É uma questão de applicatio, que, no Direito, explico como a norma (tização) do texto jurídico. A Constituição é o resultado de sua interpretação. (STRECK, 2019).

Importante lembrar que o Poder Judiciário não é a salvador da pátria, pelo contrário, já colaborou com retrocessos de políticas conquistadas democraticamente pela sociedade brasileira. Basta recordarmos inúmeros casos tristes de erros judiciários em que o jurisdicionado pagou com a própria vida e liberdade. Em face disso, podemos verificar que o Judiciário não é a salvação para todos os problemas que ocorrem na sociedade brasileira, sobrepondo-se aos demais poderes. O Poder deve obedecer a tripartição idealizada por Montesquieu, sob pena de não almejarmos a tão sonhada Democracia e o bem comum.

Na obra “O Contrato Social” de Rousseau, reza que todos os cidadãos possuem igualdade, que todos se comprometem sob as mesmas condições, e devem usufruir dos mesmos direitos, considerando que a soberania advinda do referido contrato é formada por todo ato autêntico da vontade geral que obriga ou favorece igualmente a todos os cidadãos, sem qualquer distinção.

Vê-se, assim, que o poder soberano, por mais absoluto, sagrado e inviolável que seja, não ultrapassa nem pode ultrapassar os limites das convenções gerais, e que qualquer homem pode dispor plenamente do que lhe foi deixado, por essas convenções de seus bens e de sua liberdade; de modo que o soberano nunca tem o direito de onerar mais a um súdito do que a outro, porque então, tornando-se a questão particular, seu poder já não é competente (ROUSSEAU, 1999).

Dessa forma, no contrato social de Rousseau, que criou as bases para a construção do Estado Democrático de Direito, não há espaço para a sobreposição de Poder em detrimento dos demais.

Há uma tendência nacional de crença de que o Judiciário é a solução dos problemas sociais, bem como a solução de todas as propostas constitucionais. A noção de alargamento de acesso à justiça defende uma postura ativista do juiz na aplicação cotidiana do direito. Também não se trata de defender o ativismo judicial quando nos for favorável ou de atacá-lo quando não nos for favorável. É cediço que há juízes conservadores e juízes progressistas que buscam em sua ideologia a resposta para o jurisdicionado. Devemos enfrentar toda espécie de ativismo, seja ele conservador ou progressista. Seja favorável ou desfavorável ao que defendemos. O que se busca é a vedação à violação ao Princípio da Separação dos Poderes, sob pena de sermos submetidos a uma ditadura imposta pelo Poder Judiciário (Ditadura de Toga), eis que o referido Poder não é a solução para todos os males da sociedade brasileira.

Não é demais lembrar que contra as decisões de pessoas togadas, não se tem a quem recorrer, eis que não são investigados, não são responsabilizados e quando isso ocorre, que é muito raro, são “punidos” com a aposentadoria compulsória e recebimento dos vencimentos. A ditadura de toga, compromete o Estado Democrático de Direito.

Com efeito, por sua própria natureza, a existência de um regime democrático implica a presença de um conjunto de regras procedimentais e processos de tomada de decisão aos quais todos os atores políticos devem aderir. A persistência e a estabilidade de tal sistema, a seu turno, demanda pelo menos um Judiciário semi-autônomo e suspostamente apolítico, cuja função será servir como um árbitro imparcial nas disputas relativas ao escopo e à natureza das regras fundamentais do jogo político. (RAN, 2020).

Assim, trata-se do papel devido ao Poder Judiciário, suas decisões e do comportamento e atuação dos juízes face aos excessos por ele cometido. E aqui retomamos a pergunta anteriormente posta: A partir de que momento o juiz se torna legislador?

O limite para o ativismo judicial é o respeito ao Princípio da Separação dos Poderes. A Constituição permite que, em casos de interpretação da Lei, a decisão final seja do Judiciário, entretanto necessário se faz a autorregulação, visando o respeito ao Estado Democrático de Direito, evitando a hegemonia do Poder Judiciário.

O problema do ativismo é muito maior do que da judicialização. Isto porque Werneck coloca ativismo e judicialização no mesmo patamar ou não faz diferença entre os dois, penso que isso é um problema, como explicarei na sequência. Há diferenças entre esses dois fenômenos, ao menos no Brasil. O ativismo sempre é ruim para a Democracia, porque decorre de pensamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. É como se fosse possível uma

linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim e pode não ser. (STRECK, 2019).

A judicialização se tornou ainda mais presente com a nossa Constituição de 1988, tendo em vista a inserção de direitos visando reafirmar a democracia após um cenário de conflitos mundial. Observa-se que o conceito de ativismo judicial é oriundo da atuação judicial no *common law*, principalmente nos EUA. Ocorre que o referido instituto sofre diversas críticas visando uma estrutura mais originária de aplicação das leis.

O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretense “avanço” seja para manter um *status quo*).

Assim, de uma questão que sofreu judicialização pode-se ter como consequência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável numa perspectiva de democracia normativa. Todavia, é possível afirmar que existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo Judiciário é adequada à Constituição, concretizadora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guarnecedores da regra democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista. (STRECK, 2018).

Cumprе salientar que o ativismo possui como característica fundamental a discricionariedade que desenvolve ilegalidade ou até mesmo inconstitucionalidade. Vale ressaltar que o desrespeito à lei, caracterizada como ativismo, não inclui as leis inconstitucionais, eis que devem ser afastadas pelo julgador. Caso o juiz não o faça, incorrerá em ativismo judicial. A interpretação deve ser de acordo com a Constituição, sob pena de incorrer também em ativismo judicial.

Existem inúmeras atividades intelectuais nas quais empregamos o termo interpretação para definir o modo pelo qual as pessoas pensam. No entanto, os critérios aos quais os intérpretes buscam atender em cada uma de suas respectivas atividades parecem bastante distintos, assim como os objetivos a serem atingidos de maneira geral. (JUNG, 2023).

Assim, há juízes conservadores e juízes progressistas e não há ativismo bom ou ruim. Ativismo será sempre ativismo, devendo-se verificar a base teórica. Pode ser discordante ou não e deve ser observado em qualquer tipo de ativismo, bem como deve ser combatido em qualquer tipo de ativismo. O protagonismo do Judiciário em detrimento dos demais poderes deve ser sempre combatido, sob pena de violação ao Princípio da Tripartição dos Poderes.

Desta maneira, é possível observar um movimento realizado historicamente pelas teorias da interpretação que vai da busca pela intencionalidade abstrata do autor, passando pela obra e chega finalmente ao intérprete. Este esquema, no entanto, não é propriamente linear, uma vez que na contemporaneidade há importantes autores que defendem com boas razões a noção bastante intuitiva de que o significado de um texto ou de uma obra de arte, assim como uma conversa, diz respeito ao que o autor quis dizer com aquelas palavras ou imagens de maneira geral. (JUNG, 2023).

Interpretar uma lei exige limites a serem respeitados que não podem ser flexibilizados pelo juiz em detrimento de outros poderes, notadamente o poder de legislar. O ativismo judicial possui um problema na sua formulação, ainda que a resposta dada pelo Poder Judiciário seja correta. Não se deve decidir de acordo com ideologias, mas conforme a lei. A postura do juiz deve ser sempre no sentido de evitar a postura proativa.

Considerações Finais

Numa síntese muito apertada, pode-se afirmar que o ativismo judicial consiste na posição em que se coloca o juiz como protagonista do processo, indo muito além da interpretação da norma e da vontade do legislador. Deve o juiz, viabilizar o exercício de direitos assegurados pela Constituição, sem violar o princípio da Separação dos Poderes, que consagra o direito dos indivíduos de elegerem os seus representantes e com isto viabilizar a normatização de suas vontades.

A Separação do Poderes, a Soberania Popular, o Princípio da Legalidade entre outros instrumentos constitucionais são freios que visam limitar a intervenção ativista do Poder Judiciário, em todas as esferas, exceto em casos em que a Constituição permita, como em omissões que inviabilize o exercício de direitos.

Feitas tais considerações, levando em conta a forma como o debate tem sido colocado no Direito, vale reforçar o conceito de ativismo judicial como sendo o exercício da função jurisdicional fora da previsão trazida pelo próprio ordenamento, naquilo que incumbe ao Poder Judiciário fazer atuar. Acrescenta-se, ainda, que o Poder Judiciário pratica ativismo quando decide a partir de argumentos envolvendo política, moral, etc. Quando as convicções pessoais do julgador substitui o próprio Direito.

Referências

ALBUQUERQUE, J. A. G. Montesquieu: Sociedade e Poder. In. WEFFORT, F.C. (Org.). Os clássicos da política. 14 ed. São Paulo: Ática, 2006.

HIRSCHL, R. Rumo à JURISTOCRACIA: As origens e consequências do novo constitucionalismo. 1ª ed. Londrina/PR: EDA, 2020.

POCOCK, J.G.A. Linguagens do Ideário Político. Tradução de Fabio Fernandez. São Paulo: Editora da Universidade, 2003.

JUNG, LUÃ NOGUEIRA. O Espinho do Ouriço. 1ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.

KELSEN, H. Teoria geral do direito e do Estado. Trad. Luis Carlos Borges. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito: versão condensada pelo próprio autor. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STRECK, L.L. Compreender Direito. 1ª ed. São Paulo: Tirante lo blanch, 2019.

STRECK, L.L. OLIVEIRA, T.O. O que é isto-as garantias processuais penais? 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

STRECK, L.L. Precisamos falar sobre direito e moral. Os problemas da interpretação e da decisão judicial. 1ª ed. Florianópolis: 2019.

Métodos Consensuais, ODR E AI: Vislumbre do Efetivo e Igualitário Acesso à Justiça Criminal dos Direitos da Mulher e Família

Consensus Methods, ODR and AI: Glimpse of Effective and Equal Access to Criminal Justice of Women and Family Rights

Ana Clara Ferreira Beraldo¹

Lânia Francine Gonzaga²

Guilherme Prado Bohac de Haro³

Sumário: Introdução; 1. (In) efetividade do acesso à justiça por mulheres e conflitos familiares; 2. Ondas renovatórias de acesso à justiça; 3. Métodos consensuais de resolução de conflitos; 3.1. Online dispute resolution – ODR e a Quarta Parte; 4. Modelo de inserção da mediação nos casos de violência doméstica; Conclusão.

Resumo: O presente trabalho propõe o estudo do acesso à justiça efetivo e igualitário para os direitos da mulher e da família, com ênfase na mediação como método consensual de resolução de litígios no âmbito criminal. O objetivo é verificar a (in) efetividade do acesso à justiça por mulheres e conflitos familiares, explorando as ondas renovatórias de acesso à justiça, os métodos consensuais de resolução de conflitos e o modelo de inserção da mediação nos casos de violência doméstica. Inicialmente, destaca-se que as mulheres, mesmo sendo maioria da população, são consideradas um grupo vulnerável, com seus direitos violados diariamente. Diante desse cenário, torna-se necessário superar o sistema contencioso tradicional e buscar alternativas promissoras, como a mediação, para garantir um tratamento mais efetivo dos casos relacionados aos direitos das mulheres e da família. Além disso, o trabalho aborda as transformações ocorridas nas relações familiares durante a pandemia de COVID-19, que sobrecarregaram o convívio familiar e aumentaram os conflitos. Nesse contexto, é fundamental que o Direito enfrente as crises estruturais e adote uma abordagem interseccional para reinventar o Poder Judiciário e encontrar soluções para os conflitos familiares. Também é levantada a questão do uso da inteligência artificial (IA) como uma forma de aprimorar o modelo tradicional de resolução de litígios, tornando-o mais efetivo e proporcionando uma jornada de justiça mais congruente. Para alcançar os objetivos propostos, o estudo utilizou uma metodologia dialética e crítica, com base em pesquisa bibliográfica. Em suma, o trabalho busca analisar e encontrar soluções que promovam um acesso à justiça mais efetivo e igualitário para as mulheres e suas famílias, por meio da utilização de métodos consensuais e do potencial da inteligência artificial.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Violência contra mulher; Conflitos familiares; Resolução de conflitos.

Abstract: The present work proposes the study of effective and equal access to justice for the rights of women and the family, with emphasis on mediation as a consensual method of

¹ Discente do 2º ano do curso de direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Endereço eletrônico: anaclarafberaldo@gmail.com.

² Discente do 2º ano do curso de direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Endereço eletrônico: lanilaniagon@gmail.com

³ Advogado, Palestrante e Professor. Graduado na Faculdade de Direito das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil, pela mesma Instituição. Pós-graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário, também por esta Instituição. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina-PR. Doutor em Direito Econômico pela Unimar-SP. Pós-graduando em Direito Tributário pelo IBET. Endereço eletrônico: guilherme.pbh@hotmail.com.

resolving disputes in the criminal sphere. The objective is to verify the (in) effectiveness of access to justice by women and family conflicts, exploring the renewal waves of access to justice, consensual methods of conflict resolution and the insertion model of mediation in cases of domestic violence. Initially, it is highlighted that women, even though they are the majority of the population, are considered a vulnerable group, with their rights violated on a daily basis. Given this scenario, it is necessary to overcome the traditional litigation system and seek promising alternatives, such as mediation, to ensure a more effective treatment of cases related to the rights of women and the family. In addition, the work addresses the transformations that occurred in family relationships during the COVID-19 pandemic, which overloaded family life and increased conflicts. In this context, it is essential for the Law to face structural crises and adopt an intersectional approach to reinvent the Judiciary and find solutions to family conflicts. The question of the use of artificial intelligence (AI) is also raised as a way to improve the traditional model of dispute resolution, making it more effective and providing a more congruent justice journey. To achieve the proposed objectives, the study used a dialectical and critical methodology, based on bibliographical research. In short, the work seeks to analyze and find solutions that promote more effective and equal access to justice for women and their families, with consensual methods and the potential of artificial intelligence.

Keywords: Access to justice; Violence against women; Family conflicts; Conflict resolution.

Introdução

No Brasil, como demonstram os dados colhidos em 2021 da PNAD Contínua (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua), o número de mulheres é superior perante ao número de homens, visto que a população residente no Brasil é constituída por 48,9% de homens e 51,1% de mulheres. Hodiernamente, as minorias são compreendidas como grupos sociais, culturais ou econômicos vulneráveis que enfrentam dificuldades em gerir e articular sua própria proteção e interesses. Em razão de sua distinção do padrão social e cultural dominante, esses grupos são frequentemente objeto de preconceitos e vítimas de diversos graus de opressão social, o que justifica a necessidade de especial proteção por parte do Estado. Mesmo diante de um amplo contingente populacional, as mulheres estão classificadas como grupo vulnerável, com seus direitos violados diariamente⁴.

Dados disponibilizados pela Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos (ONDH) revelaram que no primeiro semestre de 2022 foram registradas 169.676 violações aos direitos humanos das mulheres e 31.398 denúncias de violência doméstica contra mulheres, lembrando que uma única denúncia pode conter mais de uma violação.

Tanto na esfera civil quanto na criminal, há a necessidade de reformas nos procedimentos para garantir um tratamento mais efetivo dos casos relacionados aos direitos da mulher e à família. É preciso superar o sistema contencioso tradicional, especialmente em

⁴ MARTA, T.N.. Violência contra a mulher: uma violação aos direitos humanos. Diretoria OAB/SP, p. 10, 2019.

relação às pessoas mais vulneráveis na sociedade. Nesse contexto, a mediação e outros métodos consensuais de resolução de conflitos têm se mostrado alternativas promissoras.

A pandemia do COVID-19 promoveu uma transformação nas relações familiares, o convívio familiar se tornou sobrecarregado, aumentando as situações de conflitos e as mulheres e famílias continuam dependentes de um sistema judiciário tradicional que, há tempos gera frustração social. Restou, portanto, ao Direito aprofundar-se nas aludidas transformações sociais, ao enfrentamento de crises estruturais, à abordagem interseccional, ao que traz a inefetividade do acesso à justiça pelas mulheres e de reinventar o Poder Judiciário na busca por alternativas para a solução de seus conflitos e familiares.

Este artigo busca desenvolver um acesso à justiça efetivo e igualitário para os direitos da mulher e da família, com ênfase na mediação como método consensual de resolução de litígios no âmbito criminal.

Além disso, surge a questão de como a inteligência artificial (IA) pode mitigar os problemas desse modelo tradicional de resolução de litígios, aprimorando sua efetividade e proporcionando uma jornada de justiça mais congruente.

Os tópicos abordados nesta apresentação no presente artigo foram a (In) efetividade do acesso à justiça por mulheres e conflitos familiares; As ondas renovatórias de acesso à justiça; Os Métodos consensuais de resolução de conflitos e o Modelo de inserção da mediação nos casos de violência doméstica.

Tais tópicos foram explorados em busca de soluções que promovam um acesso à justiça mais efetivo e igualitário para as mulheres e suas famílias, com a utilização de métodos consensuais e o potencial da inteligência artificial. A análise das questões suscitadas foi promovida por uma metodologia dialética e crítica, reunidas na pesquisa bibliográfica, envolvendo doutrinas, artigos, dissertações, teses publicadas, dentre outros meios de pesquisa.

1 (IN) Efetividade do Acesso a Justiça por Mulheres e Conflitos Familiares

Sabe-se que o legislador brasileiro, utiliza o Direito Penal como uma forma de controle social, tipificando condutas como crime. Comumente, esses tipos penais são criados em resposta a casos que geram grande repercussão midiática, exercendo pressão sobre a atuação legislativa. Nesse sentido, promulgou-se leis como a Maria da Penha (11.340/2006), Carolina Dieckmann (12.737/2012), Joana Maranhão (12.650/2015), a do Feminicídio (13.104/2015) entre outras.

No entanto, a criação de mais normas que tipificam a violência contra a mulher tem se mostrado ineficazes no âmbito de proteção desse grupo e dos seus direitos, com isso, será que continuar criando mais normas punitivistas é o caminho para que a violação dos direitos humanos das mulheres, que perdura a anos na sociedade e até o momento continua sem solução de fato, é a forma mais eficiente de diminuir tais desrespeitos e profanações e, garantir que tal grupo majoritário da sociedade tenha um acesso efetivo à justiça, fazendo cumprir os princípios que regem o nosso ordenamento? Ou existiriam outros métodos para que as mulheres gozem de seus direitos e consigam ter, de fato, acesso à justiça de forma a “compensar” a morosidade do judiciário que acaba prolongando o sofrimento e as injustiças sofridas pelas mulheres?

Fazendo uma análise sobre os desafios da efetividade lei, Medeiros e Melo⁵ comentam que quanto ao tratamento penal previsto aos crimes praticados contra a mulher no ambiente doméstico e familiar, a lei Maria da Penha “pecou em inúmeros aspectos”, porque:

O Poder legislativo, preocupado apenas em atender clamores demandantes de uma Lei rigorosa, contrariamente à tendência dos movimentos e reformas garantistas em favor dos direitos humanos, vedou o uso das aclamadas medidas despenalizadoras, aumentou penas de crimes, adicionou circunstâncias agravantes ao Código Penal, ampliou o rol de situações passíveis de prisões preventivas e preferiu a regra da ação penal incondicionada.

Sob esta ótica, a Lei 11.340/2006, no âmbito das legislações de emergência, produziu relevantes alterações no mundo jurídico-penal e, apesar de ser muito aclamada e ter se transformado em um marco para a autonomia e segurança feminina, alguns autores afirmam a criminalização promovida por ela é inócua. Com isso, são muitas as controvérsias envolvendo a Lei Maria da Penha, o que se leva a acreditar que o legislador brasileiro frente a um histórico marcado por repressão, violência e impunidade, somado ao oportunismo legislativo e a divulgação exaustiva da violência pelos meios de comunicação com a finalidade de provocar clamor social e uma rápida resposta legislativa a formulou, o que acabou por se tratar de fato de uma lei que se reveste de efeitos meramente simbólicos.

Pois, como salientam os autores Santos e Santos, “Embora as medidas protetivas possuam uma aplicação prática efetiva, a referida lei não ataca diretamente o problema social, e por vezes acaba gerando outros problemas”⁶.

⁵ MEDEIROS, C.S. *L'Armée de*; MELLO, M.M.P. O Simbolismo da Lei “Maria da Penha” no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher. In.: TEIXEIRA, João Paulo Allain; ANDRADE, Louise Dantas de (Orgs.), *Jurisdição, processo e direitos humanos*. Recife: Appodi, 2014, p. 18-26.

⁶ SANTOS, A.C.G.G.; SANTOS, B.B.. *Do Simbolismo Penal e da Lei Maria da Penha: a (in)efetiva Proteção da Mulher*. 2008, p. 09. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=185e48a43c7f63ac>.

Sendo assim, certamente o legislador sabe que, mudar a legislação sem levar em consideração os princípios fundamentais do direito penal e a aplicação justa da pena é apenas um gesto simbólico para proteger o Estado, e que ele não possui eficácia real. No entanto, ultimamente, a busca pelo poder tem sido mais importante do que construir uma legislação eficaz. Pois, como dissertam os autores supramencionados, a pena de prisão não possui o poder para solucionar a fundo o problema, podendo gerar efeito contrário ao esperado, havendo a necessidade de criar medidas extrapenais, ou seja, de cunho assistencialista.

Além disso, no país, que sofre com a falta de agentes públicos até nas atividades de policiamento mais corriqueiras, é grande a dificuldade para fiscalizar se o agressor está cumprindo com a determinação de afastar-se do recinto doméstico ou mesmo de não se aproximar da vítima. Logo, o tratamento penal mais severo não parece a solução efetiva, dado que, se o objetivo é transmitir segurança, na prática o que se observa é exatamente o oposto. Assim sendo, apesar da sensação de maior segurança proporcionada pela Lei Maria da Penha, a violência contra a mulher em recinto familiar continua aumentando, o que demonstra que “mais uma vez a atuação do legislador penal foi simbólica, criando um diploma legal inócuo no sentido de atingir o seu real objetivo que seria reduzir substancialmente os casos de violência doméstica”.⁷

A dimensão interpessoal dos conflitos em crimes particulares apresenta desafios significativos. Nestes casos, a autonomia da vítima é prevalente em relação à decisão de buscar uma ação penal, o que pode resultar em um afastamento do objetivo de buscar justiça. Por outro lado, nos crimes públicos, a dimensão privada perde relevância e a autonomia das partes em evitar a ação penal não é suficiente para impedir seu prosseguimento.

Analisando a violência doméstica como um crime público, percebe-se que a resolução do conflito só pode ocorrer em conjunto com uma resposta penal. No entanto, surge um problema: essa compreensão científica da justiça não se ajusta adequadamente às peculiaridades da violência doméstica. Embora seja considerada um crime público, pois não depende de uma queixa para ser processado, socialmente o interesse público em proteger a comunidade não deve prevalecer sobre o interesse privado da vítima. De forma paradoxal, a natureza pública da violência doméstica é justificada pela necessidade de proteger a autonomia real da vítima durante o processo.

Agora, considerando que a despenalização leva a uma abordagem em última instância no direito penal, como justificar um retrocesso na questão da violência doméstica? Uma vítima de violência doméstica que, de maneira informada e séria, não deseja um julgamento

⁷ Idem, p. 18.

penal, mas sim uma forma alternativa de resposta, como a abordagem restaurativa, deve ter a possibilidade de buscar essa resposta. É importante garantir que as opções de resolução de conflitos sejam adequadas às necessidades e desejos das vítimas nesses casos específicos. Como enfaticamente sublinha Nilo Batista, “a bela história das lutas feministas não pode, na sua frente político-criminal, paralisar-se porque algum setor insiste em sustentar que nada mudou, que o sistema penal de hoje é o mesmo de há meio século e que as estratégias devem ser mantidas”⁸.

Nem sequer parece coerente que o direito da mulher e família, que tanto pugnou pela abertura da justiça penal e empoderamento feminino, seja hoje utilizado como obstáculo à abertura de outras portas que essas vítimas desejem adentrar, e reforcem estereótipos de fragilidade, incapacidade de decisão e limitação face a autoridade do Estado paternalista que deve proteger aquele que ele *acha* que é o interesse dessa vítima.

Neste sentido, aliás, já há uma década, Maria João Antunes propunha uma “significativa mudança de atitudes, para o crime passar a ser visto fundamentalmente como um colapso das relações entre o agressor e a vítima e só secundariamente como uma ofensa contra o Estado e as suas leis”⁹.

Logo, o argumento mais relevante para fundamentar a possibilidade de mediação penal em casos de violência doméstica firma-se no respeito da autonomia privada da vítima, a subjetividade e a complexidade da relação, sendo a oportunidade de mudança de comportamento do agressor é mais benéfico para as famílias que a tão somente punição do agente para satisfazer a justiça penal.

De fato, a normatização seguindo os moldes tradicionais do punitivismo é polêmico e vem gerando incômodo até mesmo entre os juízes e delegados que, embora não dificultem suas aplicações, vêm apresentando posicionamentos críticos com relação a alguns de seus aspectos.

A resistência por parte da prática jurídica em relação às medidas propostas para combater a violência doméstica e familiar, estabelecidas pela lei porque exige que o Direito reconheça o espaço privado como um assunto de interesse público, o que politiza as relações e considera aspectos que antes eram ignorados ou tolerados devido a ideologias sexistas.

Dito isso, acredita-se que a Lei Maria da Penha precisa revigorar seu caráter preventivo, com atendimentos multidisciplinares e socioeducativos, mas sem afastar-se da

⁸ BATISTA, N. Só Carolina não viu — Violência doméstica e políticas criminais no Brasil», Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Lumen Juris Editora, 2.^a ed, 2009, Rio de Janeiro, p. 20.

⁹ ANTUNES, M.J. Legislação: da teoria à mudança de atitudes, Violência contra as Mulheres: Tolerância Zero. Actas da Conferência Europeia, Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres. 2000, p. 101.

esfera penal, ainda que, como citam os teóricos, algumas vezes essa atuação seja simbólica e não chegue a solução do problema.

A busca por retirar as mulheres dos grupos vulneráveis requer uma abordagem interseccional que reconheça as múltiplas formas de opressão e discriminação enfrentadas por elas, incluindo gênero, raça, classe, orientação sexual e identidade de gênero. Além disso, é importante considerar as desigualdades estruturais e sistêmicas que perpetuam a discriminação e a violência contra as mulheres, além da importância de fortalecer a participação política e a liderança desse grupo, a fim de ampliar sua capacidade de influenciar as políticas e as leis que afetam suas vidas. Isso inclui o investimento em educação e capacitação para as mulheres, a fim de ampliar sua conscientização sobre seus direitos e fornecer-lhes ferramentas para exigir a justiça e a igualdade.

A desigualdade socioeconômica apresenta uma limitação financeira e de tempo para acessar a justiça. Outra barreira é o desconhecimento sobre os próprios direitos, que dificulta a identificação de situações de violação e a procura por soluções jurídicas.

Por fim, a discriminação de gênero também representa outra barreira significativa ao acesso à justiça para as mulheres, vez que a cultura patriarcal e a desvalorização das questões relacionadas às mulheres persistem na sociedade e refletem no sistema judiciário, o que dificulta a garantia de seus direitos.

2 Ondas Renovatórias de Acesso a Justiça

Em 1971, Cappelletti já previa uma era de transformações, onde o acesso à justiça hora tomado por burocracia e desigualdade agora tentara equacionar as relações entre o processo civil e uma justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica, partindo da concepção de Estado protetivo e de Bem-Estar Social. Nesta toada, Rodrigo da Cunha Lima Freire¹⁰ considera que:

A efetividade da jurisdição pressupõe: de um lado, equilíbrio entre celeridade (ou duração razoável do processo – inciso LXXVIII do art. 5º da CF) e segurança jurídica (preâmbulo e caput do art. 5º da CF) – como se sabe, toda justiça lenta é injustiça, mas nem toda justiça rápida é justa – e de outro, a MÁXIMA COINCIDÊNCIA, vale dizer, o resultado o mais próximo possível do direito material. [...].

¹⁰ FREIRE, R.C.L.. Direito fundamental à jurisdição efetiva na sociedade da informação. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 389.

Cappelletti e Garth¹¹ destacam que “a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”, o acesso à justiça não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística, de que a legitimação do processo não advém apenas do mérito ou conteúdo da decisão, senão também da estrita observância do procedimento, do devido processo legal, da avaliação de instrumentos de efetivação de direitos no âmbito judicial.

Embora, pautem a análise essencialmente no contexto de países cuja evolução social é bastante diferente da realidade social brasileira: Estados Unidos, Inglaterra, Suécia e Alemanha, seus estudos pressupõem um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica. A expressão “acesso à justiça” não seria, tão somente acesso ao Poder Judiciário, mas sim o acesso a uma ordem de valores e direitos fundamentais.

Sendo assim, descrevem que em 1965, teve início três ondas renovatórias, cada uma dessas relacionada a um grupo de obstáculos que precisam ser superados para eliminar as barreiras que impedem o acesso eficiente e justo¹².

Destaca-se que, de acordo com os autores, esse movimento teve início e suas três disposições fundamentais emergiram, de certa forma, em sequência cronológica e aumentando-se seu grau de complexidade: Podemos afirmar que a primeira “onda” desse movimento foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito à reformas tendentes a proporcionar representação jurídica pra os interesses “difusos”, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e a terceira é chamada de onda de “enfoque de acesso à justiça” que inclui os posicionamentos anteriores, mas vai além deles, focada “no conjunto geral de meios instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”¹³. Representando assim uma tentativa mais articulada e abrangente de lidar com as barreiras ao acesso.

Nessa terceira onda, foram examinados alguns movimentos, incluindo a aceitação das limitações enfrentadas pelo Poder Judiciário e o uso de métodos alternativos para superar os obstáculos inerentes às demandas judiciais.

No Brasil é chegado o momento de verificar em que medida o acesso à justiça, como preconizado na Constituição Federal de 1988, que, em seu preâmbulo, já falava de uma “sociedade [...] fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e

¹¹ CAPPELLETTI, M; GARTH, B. Acesso à justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 09.

¹² Idem, p. 13.

¹³ CAPPELLETTI, M; GARTH, B. Acesso à justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 67-68.

internacional, com a solução pacífica das controvérsias” e sob a égide dos valores apregoados pelo neoprocessualismo, envolvendo celeridade do processo, garantias do devido processo legal e busca pela maior amplitude de entrega de tutela jurisdicional efetiva, associam-se efetivamente com a realidade brasileira.

Nessa toada, a ideia de que os tribunais estatais não são os únicos foros para a resolução de conflitos tem sido fortalecida, em vista da insuficiência do Poder Judiciário para resolver todos os conflitos por conta própria, bem como de seu caráter eminentemente inercial. Por essa razão, análise de meios alternativos de acesso à justiça deve ser considerado antes mesmo do processo tradicional de acesso ao Poder Judiciário.

3 Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos

Os chamados métodos alternativos de solução de conflitos (*Alternative Dispute Resolution - ADR*) trouxeram à tona o sistema multiportas, que existe para que conflitos sejam resolvidos pela “porta” mais adequada e sendo o processo judicial apenas uma das várias disponíveis.

É nesse contexto que está inserida a mediação, a conciliação e a negociação. A negociação se diferencia da mediação e da conciliação na medida em que são as próprias partes que buscam firmar o acordo, sem a intervenção de um terceiro imparcial. Por sua vez, na conciliação, o terceiro imparcial interfere diretamente, podendo sugerir soluções, na resolução do conflito. Enquanto, na mediação o terceiro imparcial auxilia na manutenção do diálogo e da ordem para que as partes, de maneira cooperativa, construam, por si mesmas, a solução da controvérsia.

A mediação pode ser benéfica em casos em que as partes desejam restabelecer os laços anteriores. Ela é especialmente apropriada para questões relacionadas a mulheres e famílias, permitindo a comunicação construtiva e negociação de soluções mutuamente aceitáveis. No divórcio, a mediação pode ajudar na negociação de acordos relacionados à guarda, visitação, pensão alimentícia e partilha de bens, promovendo um resultado justo para ambas as partes. Além disso, a mediação também auxilia no tratamento de questões emocionais durante o processo de divórcio e na criação de planos de custódia e visitação que atendam às necessidades dos pais e ao melhor interesse da criança.

No caso de violência doméstica, a mediação pode ser usada para ajudar as partes a resolver seus conflitos de forma pacífica, sem a necessidade de ir a julgamento ou recorrer à justiça criminal. É importante notar, no entanto, que a mediação não deve ser usada em situações de violência doméstica em que a segurança das partes não possa ser garantida, em

razão das particularidades, alguns casos não são indicados para o procedimento, pois poderiam reforçar as desigualdades existentes nas relações de gênero nas conjugalidade, visto que ignora os riscos, aos quais a mulher pode estar sendo exposta, além relativizar o fenômeno.

A mediação se debruça na efetividade, uma vez que há a celebração do acordo entre as partes, resultando em sua vontade, a justiça é obtida, eliminando a ideia de “vencedor e perdedor”. Desta maneira, pode-se observar uma solução definitiva do conflito “como a solução do conflito é decidida pelos próprios envolvidos, sem a opinião do mediador, os acordos são mais efetivos, espontaneamente cumpridos e previnem a reedição do conflito”¹⁴.

Em resumo, a aplicação de métodos consensuais de solução de conflitos, como a mediação, tem sido amplamente estudada e é considerada uma abordagem eficaz para resolver questões relacionadas à violação de direitos de mulheres e da família.

3.1 Online Dispute Resolution – ODR e a Quarta Parte

A internet deixou de ser meramente uma ferramenta de comunicação para se tornar um espaço no qual inúmeras relações jurídicas são constituídas. Esse fato exige dos sistemas jurídicos nacionais uma nova abordagem em relação ao antigo problema da resolução de litígios. Por um lado, a ubiquidade e a rapidez, com que as relações jurídicas são formadas no ciberespaço representam uma ruptura com os meios tradicionais dessas relações. Por outro lado, o desenvolvimento sem precedentes de novas tecnologias de transmissão de dados tem impactado definitivamente o Direito.

A partir de sua regulamentação os modelos alternativos de resolução de conflitos também têm se tornado modelos tradicionais e não fornecem as soluções mais eficazes para os problemas criados pela sociedade da informação. E nesse passo evolutivo, a tecnologia trouxe novos mecanismos de acesso à justiça, a resolução de disputas online (*Online Dispute Resolution - ODR*), implementado em lides do comércio eletrônico, viu-se seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça e diversas possibilidades.

No Brasil, a plataforma consumidor.gov.br foi institucionalizada pelo Decreto nº 8.573, de 19 de novembro de 2015 e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro implementou um aplicativo de conciliação pré-processual, ambos adotando e fomentando o modelo de ODR como um meio de solução de conflitos. Com o avanço dos modelos de ODR, essa

¹⁴ OAB/MG. Comissão de Mediação e Arbitragem. Cartilha de mediação. Belo Horizonte: OAB/MG, 2009. Disponível em <https://conima.org.br/cartilha-de-mediacao-da-oabmg/>, p. 10.

modalidade se apresenta como uma forma distinta de solução de conflitos e não apenas como uma plataforma para a realização de procedimentos tradicionais de forma eletrônica.

A pandemia com suas necessárias medidas de distanciamento, isolamento social e de quarentena trouxe de forma abrupta a internet na vida de toda sociedade e nesse momento, foi previsto em lei, a possibilidade de realização da mediação pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo (artigo 46 da Lei 13.140/2015). Nesse contexto, vemos a ODR para conflitos fora da seara comercial. Restando, portanto, saber se a mediação que venha a ser realizada com a interação da tecnologia é capaz de preservar os aspectos que a tornam uma alternativa adequada para o efetivo acesso à justiça.¹⁵

A ODR, com sua "inteligência da máquina", vai além da digitalização dos processos jurídicos e busca atingir os propósitos do processo, combinando flexibilidade e conformidade com as normas. Ela permite conciliar prazos rigorosos com a flexibilidade da mediação, considerando as necessidades e peculiaridades do conflito. A ODR ajuda as partes a processar informações de maneira mais eficiente, dando tempo para alcançar acordos e evitar decisões precipitadas. Além disso, a mediação online proporciona melhor acesso à informação, mais opções de comunicação e estabelece limites na troca de informações entre as partes e o mediador, promovendo uma comunicação mais clara.

É importante lembrar que, com a presença de um mediador imparcial, são as próprias partes que identificam as questões em conflito, visando explorar opções alternativas que possibilitem a resolução consensual da controvérsia.

Assim, considera-se que a mediação online é uma forma capaz de cumprir com os objetivos fundamentais da mediação e promoção de justiça, dentre os quais estão a troca de informações, de um nível produtivo de expressão emocional, a flexibilidade do procedimento, a análise realística das alternativas e o estímulo para soluções que combinem os principais interesses das partes envolvidas.

Os Juizados Especiais Criminais iniciaram-se audiências virtuais como medida de prevenção à propagação da Covid-19. O 1º Juizado Especial Criminal de Cariacica/ES, por exemplo, realizou audiências criminais por videoconferência. Além disso, existem projetos como o Audiências Online, que abrange Juizados Especiais, Júri Popular, Justiça Comum Cível, Justiça Comum Criminal e Justiça do Trabalho. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais também têm adotado audiências online nos Juizados

¹⁵ CORTÉS, P. Online dispute resolution for consumers in the European Union. Routledge Research in IT and E-commerce Law, Routledge, Taylor & Francis Group, Londres, 2011, p. 44-45.

Especiais Criminais. Com isso o JECrim promoveu modernidade a atender novos acessos a justiça restaurativa criminal, métodos consensuais de resolução de conflitos e virtualização da justiça.

4 Modelo de Inserção da Mediação nos Casos de Violência Doméstica

Em casos de violência doméstica a mediação dever ser vista majoritariamente pelo seu aspecto qualitativo, como uma forma autônoma de resolução de conflitos, atendendo os legítimos interesses e necessidades da vítima e buscando o reestabelecimento da relação com o autor, frisa-se aqui, que esse reestabelecimento não significa um reatar dos laços conjugais, mas sim, uma pacificação social e harmônica que apresente resultados efetivos.

Busca-se a implementação de novos mecanismos de resolução de litígios, com o objetivo não apenas de transformar o sistema processual penal como uma forma mais eficiente de justiça, mas também direcionados à ressocialização, prevenção, minimização dos impactos sobre as vítimas, educação, capacitação e humanização do conflito.

No atual contexto social e político, diante de um tema que envolve uma criminalidade tão sensível, com vínculos existentes entre as partes, e aos diversos aspectos psicodinâmicos presentes, são necessárias novas respostas do Estado via sistema judiciário. Hoje temos a digitalização e virtualização dos processos, e propõe-se a inserção da “quarta parte” com “Inteligência Artificial” capaz de desanuviar as pretensões das partes, de mostrar uma lógica futura na resolução pacífica do conflito doméstico no presente, sem o viés que poderia, em uma situação dessa, gerar para alguma das partes, ensejando, assim, maior segurança, capacidade e poder à ambas, através do diálogo e da escuta.

Infelizmente, a mediação é raramente encontrada na prática, isso se deve, provavelmente, pelas seguintes características: ausência de obrigatoriedade, auto tempo dedicado e baixo interesse do Estado em se excluir do litígio e incluir as partes. Conflitos entre familiares, cônjuges, sócios, associados e partes que possuem alguém tipo de relação íntima e complexa são tipos que a mediação encaixaria hermeticamente.

Embora, com o exposto acima, a transição democrática para justiça restaurativa, mostra-se que, até o momento, não está totalmente neutralizada pela resistência articulada do discurso penal contemporâneo (vide Lei Maria da Penha e correlatas), uma evidência foi o advento da conciliação na fase pré-processual prevista na JECrim.

Desse modo, despretensiosamente, esse artigo identifica a necessidade de um novo conceito de mediação “A mediação é indicada quando há a existência do interesse comum e homogêneo entre as partes litigantes”. Assim, prioriza-se o interesse das partes litigantes e

não do Estado, na violência doméstica, leva-se em consideração além do interesse das partes, com foco na capacidade decisória da vítima, também o interesse homogêneo, como o interesse dos filhos e das relações familiares comuns.

Conclusão

No contexto brasileiro, os dados demonstram que as mulheres representam a maioria da população e são classificadas como um grupo vulnerável, enfrentando violações diárias de seus direitos. A quantidade alarmante de violações e denúncias de violência doméstica reforçam a necessidade de reformas nos procedimentos legais para garantir um tratamento mais efetivo dos casos relacionados aos direitos das mulheres e à família.

O sistema contencioso tradicional revela-se insuficiente, especialmente para lidar com as pessoas mais vulneráveis na sociedade. Nesse sentido, a mediação e outros métodos consensuais de resolução de conflitos surgem como alternativas promissoras para superar os obstáculos enfrentados pelas mulheres e suas famílias. Esses métodos proporcionam um ambiente mais colaborativo, onde as partes envolvidas podem participar ativamente na busca de soluções justas e equitativas.

A pandemia de COVID-19 exacerbou os conflitos familiares e evidenciou a dependência contínua das mulheres e suas famílias em relação a um sistema judiciário tradicional que muitas vezes gera frustração social. Diante das transformações sociais ocorridas, das crises estruturais enfrentadas e da inefetividade do acesso à justiça para as mulheres, é crucial que o Direito se aprofunde nessas questões e adote uma abordagem interseccional para reinventar o Poder Judiciário.

Este artigo propõe um acesso à justiça efetivo e igualitário para os direitos da mulher e da família, com ênfase na mediação como método consensual de resolução de litígios na esfera criminal. Além disso, levanta a questão de como a inteligência artificial pode ser utilizada para mitigar os problemas do modelo tradicional de resolução de litígios, aprimorando sua efetividade e proporcionando uma jornada de justiça mais congruente.

A análise dos tópicos abordados, como a (in) efetividade do acesso à justiça por mulheres e conflitos familiares, as ondas renovatórias de acesso à justiça, os métodos consensuais de resolução de conflitos e o modelo de inserção da mediação nos casos de violência doméstica, buscou encontrar soluções que promovam um acesso à justiça mais efetivo e igualitário para as mulheres e suas famílias. Para isso, foi utilizada uma metodologia dialética e crítica, baseada em extensa pesquisa bibliográfica, envolvendo doutrinas, artigos, dissertações, teses publicadas e outros meios de pesquisa.

Em suma, é essencial que o Direito enfrente as crises estruturais, aborde a interseccionalidade e promova a reinvenção do Poder Judiciário, a fim de buscar alternativas para a solução de conflitos familiares. Isso implica o desenvolvimento de um acesso à justiça mais efetivo e igualitário, com a adoção de métodos consensuais e a exploração do potencial da inteligência artificial. Somente por meio dessas medidas é possível garantir a proteção e o respeito aos direitos das mulheres e suas famílias, promovendo uma sociedade mais justa e equitativa.

Refêrencias bibliográficas

BATISTA, N. Só Carolina não viu— Violência doméstica e políticas criminais no Brasil», Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Lumen Juris Editora, 2.^a ed, 2009, Rio de Janeiro.

CAPPELLETTI, M; GARTH, B. Acesso à justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CORTÉS, P. Online dispute resolution for consumers in the European Union. Routledge Research in IT and E-commerce Law, Routledge, Taylor & Francis Group, Londres, 2011.

FREIRE, R.C.L Direito fundamental à jurisdição efetiva na sociedade da informação. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009.

IBGE. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Pesquisas por Amostra de Domicílios, Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios Contínua 2021. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html>.

ANTUNES M.J. Legislação: da teoria à mudança de atitudes, Violência contra as Mulheres: Tolerância Zero. Actas da Conferência Europeia, Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres. 2000.

MARTA, T.N. Violência contra a mulher: uma violação aos direitos humanos. Diretoria oab sp, p. 10. 2019.

MDHC: Brasil tem mais de 31 mil denúncias de violência doméstica ou familiar contra as mulheres até julho de 2022. Disponível em: < <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2022/eleicoes-2022-periodo-eleitoral/brasil-tem-mais-de-31-mil-denuncias-violencia-contra-as-mulheres-no-contexto-de-violencia-domestica-ou-familiar> > Acesso em: 17/03/2023.

MEDEIROS, C.S. l'Armée de; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. O Simbolismo da Lei “Maria da Penha” no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher. In. TEIXEIRA, João Paulo Allain; ANDRADE, Louise Dantas de (Orgs.), Jurisdição, processo e direitos humanos. Recife: Appodi, 2014.

OAB/MG. Comissão de Mediação e Arbitragem. Cartilha de mediação. Belo Horizonte: OAB/MG, 2009. Disponível em <https://conima.org.br/cartilha-de-mediacao-da-oabmg/>.

SANTOS, C.S. et al. Violência doméstica e mediação penal: uma convivência possível. Revista Julgar, Coimbra: Coimbra Editora, n. 12, p. 67-79, 2010.

SANTOS, A.C.G.G.; SANTOS, B.B. Do Simbolismo Penal e da Lei Maria da Penha: a (in) efetiva Proteção da Mulher. 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=185e48a43c7f63ac>.

O Direito de Participação das Crianças na Vida Cultural ao Abrigo dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas

The right of children to participate in cultural life under the International Covenants on Human Rights of the United Nations Organisation

Ana Sofia Carvalho¹

Isabel Restier Poças²

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito do Património Cultural em Portugal e enquadramento jurídico do direito de participação no mesmo 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas.

Resumo: A Organização das Nações Unidas define os direitos humanos como “garantias jurídicas universais que protegem indivíduos contra ações ou omissões dos governos que atentem contra a dignidade humana”, os quais incluem o direito à vida, à liberdade de opinião e expressão, à educação e à participação livre na vida cultural na comunidade. O Direito Internacional dos Direitos Humanos estabelece obrigações e abstenções a fim de os promover e proteger pela cooperação internacional com o instrumento jurídico que é a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 (D.U.D.H). Os direitos humanos são universais, inalienáveis, indivisíveis, e com igual importância e podem ser direitos civis, políticos, económicos, sociais e culturais, encontrando-se plasmados no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Protocolos Adicionais e no Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais e Protocolo Adicional. A nível nacional, a Constituição da República Portuguesa contempla o direito de reunião e de manifestação e o direito de liberdade de associação, que constituindo direitos humanos constam de todos os documentos legais atrás referidos e contemplam: o direito autoral, o direito à livre participação na vida cultural - direito à livre criação e direito à fruição, o direito à difusão dos bens culturais, o direito à identidade cultural e o direito-dever de cooperação cultural internacional entre os povos. Os direitos das crianças, tal como os direitos culturais, são direitos humanos e como tal também estão protegidos pela D.U.D.H. A Convenção dos Direitos das Crianças protege os direitos relativos ao desenvolvimento - exs. direito à educação e direito à cultura- e os direitos de participação – ex. o direito de exprimir a sua própria opinião. O direito de participação das crianças na vida cultural será abordado no âmbito de uma cultura de participação e após o enquadramento jurídico do Direito do Património Cultural em Portugal. No sentido da participação das crianças e na esteira do que é defendido no artigo cumpre salientar o Parecer n.º 3/2022 da Procuradoria-Geral da República sobre o direito de associação relativo aos menores, a liberdade de organização e regulamentação interna das associações e a consagração de uma proibição de discriminação, assim como a Estratégia Nacional para os Direitos da Criança 2021-2024, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 112/2020, de 18 de dezembro de 2020, cuja terceira prioridade assenta no objetivo estratégico de promover o acesso à informação e à participação das crianças e jovens.

¹ Licenciada em Direito pela Universidade do Porto. Mestre em Direito Tributário e Fiscal pela Universidade do Minho. Doutoranda em Direito Público pela Universidade Nova de Lisboa. Juíza do Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto. anascarvalho@gmail.com

² Licenciada em Direito pela Universidade Católica Portuguesa-Centro Regional do Porto. Pós-graduada em Direito do Património Cultural pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-graduada em Contencioso Administrativo e Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. isabelrestierpocas@gmail.com

Palavras-chave: direito; participação; criança; cultura.

Summary: The United Nations defines human rights as "universal legal guarantees that protect individuals against actions or omissions by governments that undermine human dignity", which include the right to life, freedom of opinion and expression, education and free participation in the cultural life of the community. International human rights law establishes obligations and abstentions in order to promote and protect them through international cooperation with the legal instrument that is the Universal Declaration of Human Rights of 1948 (U.D.H.R). Human rights are universal, inalienable, indivisible and of equal importance. They can be civil, political, economic, social and cultural rights and are enshrined in the International Covenant on Civil and Political Rights and Additional Protocols and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and Additional Protocol. At national level, the Constitution of the Portuguese Republic includes the right to assemble and demonstrate and the right to freedom of association, which, as human rights, are included in all the legal documents mentioned above and include. The right to authorship, the right to free participation in cultural life, the right to free creation and the right to enjoyment, the right to the dissemination of cultural goods, the right to cultural identity and the right and duty of international cultural cooperation between peoples. Children's rights, like cultural rights, are human rights and as such are also protected by the U.D.H.R... The Convention on the Rights of the Child protects development rights - e.g. the right to education and the right to culture - and participation rights - e.g. the right to express one's opinion. Children's right to participate in cultural life will be addressed within the framework of a culture of participation and after the legal framework of Cultural Heritage Law in Portugal. In the sense of children's participation and in the wake of what is defended in the article, it is worth highlighting Opinion no. 3/2022 of the Attorney General's Office on the right of association for minors, freedom of organisation and internal regulation of associations. The enshrinement of a prohibition on discrimination, as well as the National Strategy for the Rights of the Child 2021-2024, approved by Resolution of the Council of Ministers no. 112/2020, of 18 December 2020, whose third priority is based on the strategic objective of promoting access to information and participation for children and young people.

Keywords: right; participation; child; culture.

1. Introdução

Os direitos humanos constituem “garantias jurídicas universais que protegem indivíduos contra ações ou omissões dos governos que atentem contra a dignidade humana”³ como proclama a Organização das Nações Unidas⁴(doravante O.N.U.) e incluem o direito à vida e à liberdade de opinião e expressão, o direito ao trabalho e à educação, entre outros.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos estabelece obrigações e abstenções a fim de promover e proteger os direitos humanos pela cooperação internacional, por meio da

³ Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos - Direitos humanos e aplicação da lei - guia do formador para a formação em direitos humanos das forças policiais. [Em linha]. Nações Unidas. Nova Iorque e Genebra. 2002. [Consult. 20 de agosto de 2023]. Disponível na Internet: <URL: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/cndh_formacao5.pdf>, p. 16.

⁴O.N.U. [Em linha]. [Consult. 20 de agosto de 2023]. Disponível na Internet: <URL: <https://www.un.org/pt/>>.

Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (doravante denominada por D.U.D.H)⁵, que os estabelece, nomeadamente no Art.1.º-liberdade e igualdade em dignidade e direitos, Artigo 7.º-Igualdade perante a lei e direito a proteção da lei, Artigo 18.º-Liberdade de pensamento, consciência e religião, Artigo 19.º-Liberdade de opinião e expressão, Artigo 20.º-Liberdade de reunião e associação, Artigo 26.º-Direito à educação e Artigo 27.º-Direito à participação livre na vida cultural na comunidade.

Os direitos humanos são universais, inalienáveis, indivisíveis, e com igual importância e podem ser direitos civis, políticos, económicos, sociais e culturais. Nesse sentido, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 16 de dezembro de 1966⁶ (doravante PIDCP) proclama no Artigo 1.º-“ Todos os povos têm o direito a dispor deles mesmos. Em virtude deste direito, eles determinam livremente o seu estatuto político e dedicam-se livremente ao seu desenvolvimento económico, social e cultural” e o Artigo 22.º, n.º 1 refere que “Toda e qualquer pessoa tem o direito de se associar livremente com outras (...)”. O Protocolo Facultativo ao PIDCP de 16 de dezembro de 1966⁷ prevê no Artigo 1.º, a existência de um Comité dos Direitos Humanos, competente para “receber e examinar comunicações de particulares sujeitos à sua jurisdição que aleguem ser vítimas de uma violação, pelos Estados Partes, de qualquer dos direitos enunciados no Pacto”. O Artigo 2.º dispõe que é necessário que todos os recursos internos disponíveis sejam esgotados.

Também o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais de 16 de dezembro de 1966⁸ (doravante PIDESC) nos Artigos 13.º e 14.º proclama o direito à educação e o Artigo 15.º n.º 1 al. a) o direito de participar na vida cultural, sendo que o n.º 2 refere que para o pleno exercício desse direito, os Estados Partes devem tomar as medidas necessárias para assegurar a manutenção, o desenvolvimento e a difusão da ciência e da

⁵ Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 217ª (III) de 10 de dezembro de 1948 e publicada no Diário da República, 1.ª série - N.º 57/78, de 9 de março de 1978, mediante aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros. [Em linha]. [Consult. 20 de agosto de 2023]. Disponível na Internet: <URL: <https://files.diariodarepublica.pt/1s/1978/03/05700/04880493.pdf>>.

⁶ Aprovado para ratificação pela Lei n.º 29/78, de 12 de junho (retificada mediante retificação). Publicada no Diário da República n.º 153/78, de 06 de julho). Publicado no Diário da República I, n.º 133, de 12 de junho de 1978 (Lei n.º 29/78). [Em linha]. [Consult. 20 de agosto de 2023]. Disponível na Internet: <URL: <https://files.diariodarepublica.pt/1s/1978/06/13301/00010018.pdf>>.

⁷ Aprovado para adesão pela Lei n.º 13/82, de 15 de junho e publicado no Diário da República, 1.ª série - N.º 135. [Em linha]. [Consult. 20 de agosto de 2023]. Disponível na Internet: <URL: <https://files.diariodarepublica.pt/1s/1982/06/13500/16791683.pdf>>.

⁸ Aprovado para ratificação pela Lei n.º 45/78, de 11/07 e publicado no Diário da República, 1.ª série - n.º 157 (Lei n.º 45/78). [Em linha]. [Consult. 20 de agosto de 2023]. Disponível na Internet: <URL: <https://files.diariodarepublica.pt/1s/1978/10/24400/22342234.pdf>> e <URL: https://gddc.ministerio-publico.pt/sites/default/files/documentos/pacto_internacional_sobre_os_direitos_economico_s.pdf>.

cultura. Por sua vez, o Protocolo Facultativo ao PIDESC de 10 de dezembro de 2008⁹ no Artigo 1.º prevê a criação de um Comité de Direitos Económicos, Sociais e Culturais e o Artigo 2.º a existência de um mecanismo de comunicações submetidas por ou em nome de indivíduos ou grupos de indivíduos, sob a jurisdição de um Estado Parte com base na alegação de serem vítimas de uma violação por parte daquele, de qualquer um dos direitos enunciados no Pacto, assim como, a necessidade de consentimento dos próprios, quando não se conseguir justificar a razão que o/os leva a agir em representação, sem aquele. É também necessário o esgotamento de todos os recursos internos e o prazo para submeter a comunicação é de um ano (Artigo 3.º) e prevê-se no Artigo 4.º a possibilidade de adoção de medidas cautelares de modo a evitar danos irreparáveis à vítima ou vítimas da alegada violação do direito. Os Artigos 6.º e 9.º preveem transmissão da comunicação ao Estado Parte e a resposta deste, no prazo de seis meses, com a indicação das medidas adotadas, podendo existir uma resolução amigável para a situação em causa (Artigo 6.º) assim como a existência de um mecanismo de queixa por outro Estado Parte. Cabe ao Comité investigar, em cooperação com os Estados, situações de grave ou sistemática violação de direitos como se encontra previsto no Artigo 10.º.

O Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais recomenda a adoção de medidas legislativas adequadas e a previsão de vias judiciais de recurso, de modo a tornar efetivas as disposições do PIDESC¹⁰, o que Portugal possui e sobre as quais iremos refletir na vertente da participação das crianças na vida cultural.

Os direitos culturais são direitos humanos e como tal, constam de todos os documentos legais, atrás referidos e contemplam o direito autoral, o direito à livre participação na vida cultural – que engloba o direito à livre criação e o direito à fruição, o direito à difusão dos bens culturais, o direito à identidade cultural e o direito-dever de cooperação cultural internacional entre os povos. Como direitos de fruição cultural podem ser enquadrados juridicamente a nível internacional pelos seguintes instrumentos jurídicos internacionais: a Convenção para a Proteção do Património Mundial, Cultural e Natural de

⁹ O Aviso n.º 46/2013 de 27/03/2013 torna público que a República Portuguesa depositou o seu instrumento de ratificação ao Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais – Diário da República, 1.ª série – n.º 161. [Em linha]. [Consult. 20 de agosto de 2023]. Disponível na Internet: <URL: <https://files.diariodarepublica.pt/1s/2013/03/06100/0188701887.pdf> e <URL: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/protocolo_facultativo_ao_pacto_internacional_sobre_os_direitos_economicos.pdf>.

¹⁰ Direitos Humanos-Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos 1995|2004.O Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais. [Em linha]. N.º 16 - Ficha Informativa Rev. 1. 2008. [Consult. 20 de agosto de 2023]. Disponível na Internet: <URL: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/ficha_16_direitos_economicos_sociais_culturais.pdf>.

16 de novembro de 1972¹¹, pela Convenção para a Salvaguarda do Património Imaterial de 17 de outubro de 2003¹², pela Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais de 20 de outubro de 2005¹³, pela Convenção sobre a Proteção do Património Cultural Subaquático de 2 de novembro de 2001¹⁴, pela Convenção Cultural Europeia de 19 de dezembro de 1954¹⁵ e pelo Tratado da União Europeia de 7 de fevereiro de 1992.¹⁶

A nível de enquadramento nacional, como refere Jorge Miranda¹⁷ “Quando a Constituição se ocupa das confissões religiosas, ou da comunicação social ou da informática, por exemplo, está-se ocupando, por certo, de bens culturais. No entanto, é a esses sentidos menos latos que se ligam o conceito de Constituição cultural e o de direitos culturais. São eles: a) A cultura como expressão da identidade de uma comunidade, de um povo; b) A cultura como educação, ciência e cultura *stricto* ou *strictissimo sensu*; c) A cultura como tudo quanto não recai na educação e na ciência ou, em termos positivos, como criação e fruição de bens de cultura. ”

A Constituição da República Portuguesa¹⁸ (C.R.P.) prevê em diversos artigos os direitos culturais na vertente da fruição cultural:

- Artigo 9.º - Tarefas fundamentais do Estado

¹¹Aprovada para adesão pelo Decreto n.º 49/79, de 06/06, Diário da República 1.ª série – N.º 130 [Em linha]. [Consult. 20 de agosto de 2023]. Disponível na Internet: <URL: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto/49-383404>> e Aviso de 14/11/1980 - torna público o depósito do instrumento de adesão à Convenção, Diário da República, 1.ª série. N.º 264. [Em linha]. [Consult. 20 de agosto de 2023]. Disponível na Internet: <URL: <https://files.diariodarepublica.pt/1s/1980/11/26400/38833883.pdf>>

¹²Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 12/2008, de 26/03; ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 28/2008, de 26/03 e publicada no Diário da República, 1.ª série - N.º 60. (Resolução da Assembleia da República n.º 12/2008). [Em linha]. [Consult. 20 de agosto de 2023]. Disponível na Internet: <URL: <https://files.dre.pt/1s/2008/03/06000/0168501704.pdf>>.

¹³Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 10-A/2007, de 16/03; ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 27-B/2007, de 16/03 e publicada no Diário da República, 1.ª série - N.º 54. (Resolução da Assembleia da República n.º 10-A/2007). [Em linha]. [Consult. 20 de agosto de 2023]. Disponível na Internet: <URL: <https://files.dre.pt/1s/2007/03/05401/00020018.pdf>>.

¹⁴Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 51/2006, de 18/07; ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 65/2006, de 18/07 e publicada no Diário da República, 1.ª série - N.º 137. (Resolução da Assembleia da República n.º 51/2006); tradução para português republicada no anexo ao Aviso n.º 6/2012, de 26/03 (Diário da República, 1.ª série - N.º 61. [Em linha]. [Consult. 20 de agosto de 2023]. Disponível na Internet:<URL: <https://files.dre.pt/1s/2012/03/06100/0142701436.pdf>>.

¹⁵Aprovada para adesão pelo Decreto n.º 717/75, de 20/12 e publicada no Diário da República, 1.ª série – N.º 293 (Decreto n.º 717/75). [Em linha]. [Consult. 20 de agosto de 2023]. Disponível na Internet: <URL: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_cultural_europeia.pdf>.

¹⁶Aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 40/92; ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 63/92 e publicado no Diário da República. 1.ª-A série – N.º 300, 1.º suplemento, de 30 de dezembro de 1992. [Em linha]. [Consult. 20 de agosto de 2023]. Disponível na Internet:<URL: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/rar40-1992.pdf>>.

¹⁷MIRANDA, Jorge - Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais. *Revista O Direito* 138º. IV. 2006. ISBN: 9789724029139. p.4.

¹⁸Decreto de 10 de abril de 1976, Diário da República, 1.ª série – N.º 86.

“São tarefas fundamentais do Estado:

- Alínea d) promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais;

- Alínea e) proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento do território;

- Artigo 73.º - Educação, cultura e ciência

- n.º 3 - “O Estado promove a democratização da cultura, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural, em colaboração com os órgãos de comunicação social, as associações e fundações de fins culturais, as coletividades de cultura e recreio, as associações de defesa do património cultural, as organizações de moradores e outros agentes culturais.

- Artigo 78.º - Fruição e Criação Cultural

“1. Todos têm direito à fruição e criação cultural, bem como o dever de preservar, defender e valorizar o património cultural.

2. Incumbe ao Estado, em colaboração com todos os agentes culturais:

a) incentivar e assegurar o acesso de todos os cidadãos aos meios e instrumentos de acção cultural, bem como corrigir as assimetrias existentes no país em tal domínio;

b) apoiar as iniciativas que estimulem a criação individual e colectiva, nas suas múltiplas formas e expressões, e uma maior circulação das obras e dos bens culturais de qualidade;

c) promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum;

d) desenvolver as relações culturais com todos os povos, especialmente os de língua portuguesa, e assegurar a defesa e a promoção da cultura portuguesa no estrangeiro;

e) articular a política cultural e as demais políticas sectoriais.”;

- Artigo 52.º - Direito de petição e direito de acção popular

- n.º 3 - confere a todos pessoalmente ou através de associações de defesa do património cultural, o direito de promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial as infrações contra o património cultural.

Estabelece ainda a liberdade de criação cultural (que envolve a criação intelectual, artística e científica) no Artigo 42.ª, a liberdade de aprender e ensinar no Artigo 43.º e o direito à educação no Artigo 73.º, n.º 1.

Tal como os direitos culturais, os direitos das crianças são direitos humanos e como tal protegidos pela D.U.D.H.

No seguimento do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais surge a Convenção sobre os Direitos das Crianças de 20 de novembro de 1989¹⁹ (doravante C.D.C.) e “na Parte I, onde estão contemplados os direitos da criança temos quatro categorias de direitos: os direitos à sobrevivência (por exemplo, os direito a cuidados adequados), os direitos relativos ao desenvolvimento (tal como o direito à educação), os direitos relativos à proteção (entre outros, o direito a ser protegida contra a exploração) e os direitos de participação (o direito de exprimir a sua própria opinião) na qual um dos pilares os direitos relativos ao desenvolvimento - exs. direito à educação e direito à cultura”.^{20 21}

Os direitos de participação – por ex. o direito de exprimir a sua própria opinião- são os que relevam em sede de participação na vida cultural, de modo a familiarizar as crianças com os processos democráticos e a expandir o seu sentido de cidadania, compromisso e responsabilidade global.

Os direitos de participação na C.D.C. envolvem o direito à liberdade de opinião no Artigo 12.º, o direito à liberdade de expressão no Artigo 13.º, o Direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião no Artigo 14.º e o direito à liberdade de associação e de reunião no Artigo 15.º.

Em termos nacionais, a C.R.P. no artigo 26.º - Outros direitos pessoais - no n.º1, aborda, entre outros direitos fundamentais, o direito de todos, incluindo o direito das crianças e jovens ao livre desenvolvimento da personalidade no âmbito do Título II-Direitos, liberdades e garantias do Capítulo I–Direitos, liberdades e garantias pessoais e o Artigo 69.º - Infância no n.º1, refere que as crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, tendo em vista o seu desenvolvimento integral, inserindo-o no Título III-Direitos e deveres económicos, sociais e culturais do Capítulo II-Direitos e deveres sociais da Parte I-Direitos e deveres fundamentais.

Por sua vez, o Artigo 1878.º, n.º 2 Código Civil²² enuncia que “Os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida.”

¹⁹Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12/09; ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12/09 e publicada no Diário da República. 1.ª série – N.º 211, 1.º Suplemento (Resolução da Assembleia da República n.º 20/90). [Em linha]. [Consult. 25 de agosto de 2023]. Disponível na Internet: <URL: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_sobre_direitos_da_crianca.pdf>.

²⁰ POÇAS, I. - A Participação das Crianças na Mediação Familiar. [Em linha]. *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, Vols. II/III – abril/setembro. 2013. ISSN 0870-811. [Consult. 23 agosto 2023]. Disponível na Internet: <URL: <https://www.oa.pt/upl/%7Bd647291c-4a3f-4930-8b3d-8d494e9a995f%7D.pdf>>. pp. 813-862.

²¹Para uma análise aprofundada da estrutura da Convenção Sobre os Direitos das Crianças, cf. Op. cit.

²²Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro. Diário do Governo, 1.ª série – N.º 274.

Ouvimos as crianças em relação à prestação de cuidados de saúde, em relação às alterações climáticas e ao ambiente sustentável, na construção dos currículos escolares e porque não, ouvir as crianças em relação ao património cultural, no âmbito da participação na vida cultural, como meio de proteção dessa herança, para a sua e gerações seguintes?

2. Direito do Património Cultural em Portugal e Enquadramento Jurídico do Direito de Participação no Mesmo

São vários os diplomas jurídicos que constituem o Direito do Património Cultural em Portugal, nomeadamente: a C.R.P., a Lei de Bases da Política e do Regime de Proteção e Valorização do Património Cultural - Lei n.º 107/2001, de 08 de setembro,²³ o Regime da Classificação dos Bens Culturais Móveis - Decreto-Lei 148/2015, de 4 de agosto²⁴ a Lei do Património cultural subaquático - Decreto-lei n.º 164/97, de 27 de junho²⁵ - Decreto-lei n.º 138/2009, de 15 de junho, o Regime jurídico dos estudos, projetos, relatórios, obras ou intervenções sobre bens culturais classificados, ou em vias de classificação, de interesse nacional, de interesse público ou de interesse municipal - Decreto-lei n.º 140/2009, de 15 de junho²⁶ e o Regime jurídico excepcional da reabilitação urbana de zonas históricas - Decreto-lei n.º 104/2004, de 7 de maio²⁷. Por seu turno, também a Lei n.º 9/91, de 9 de abril relativa ao Provedor de Justiça “constitui a nosso ver, também uma referência legislativa em termos de enquadramento do direito do património cultural, uma vez que aprecia as queixas dos cidadãos (portugueses ou estrangeiros) relativamente à administração Pública e, especificamente, na área dos interesses difusos, entre os quais, se encontra o património cultural, uma vez, que lhe compete um papel qualificado na sua defesa e promoção ao abrigo do art. 20.º, n.º 1, al. e), independentemente de poder também iniciar a instrução oficiosa de processos.”^{28 29}

Em termos da atividade do Conselho da Europa devem destacar-se os seguintes instrumentos e artigos e diretrizes correspondentes:

²³Lei n.º 107/2001, de 08 de setembro. Diário da República, 1.ª-A série - N.º 209.

²⁴Decreto-Lei 148/2015, de 4 de agosto. Diário da República, 1.ª série. - N.º 150.

²⁵Decreto-lei n.º 138/2009, de 15 de junho. Diário da República, 1.ª série - N.º 113.

²⁶Decreto-lei n.º 140/2009, de 15 de junho. Diário da República, 1.ª série - N.º 113

²⁷Decreto-Lei n.º 307/2009, de 23 de outubro. Diário da República, 1.ª série – N.º 206.

²⁸ Cf. POÇAS, Isabel Restier, Direito do Património Cultural e Mecanismos Resolução/Agilização de Litígios. [Em linha]. *Revista da Ordem dos Advogados* Ano 78, Vols. III/IV – julho/dezembro. 2017. ISSN 0870-8118. [Consult. 23 agosto 2023]. Disponível na Internet: <URL: https://portal.oa.pt/media/130421/isabel-restier-pocas_roa_iii_iv_2017-2.pdf,>p. 641.

²⁹ Para um enquadramento mais completo, incluindo a legislação em sede de Leis Orgânicas e legislação para a qual a Lei de Bases da Política e do Regime de Proteção e Valorização do Património Cultural, assim como um enquadramento do Direito do Património Cultural em sede internacional, Op. cit., pp. 622-641.

- a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças (STE160) de 25 de outubro de 1996³⁰ – Artigos 3.º - Direito de ser informada e de exprimir a sua opinião no âmbito dos processos, 4.º - Direito de solicitar a designação de um representante especial e 5.º - Outros direitos processuais possíveis - são relevantes para concretização do direito de participação em termos de legitimidade processual;

- as Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre justiça adaptada às crianças adotadas em 17 de novembro de 2010³¹, nomeadamente o Primado do direito - 44.ª, 45.ª, 46.ª, Ponto IV. A justiça adaptada às crianças antes, durante e após o processo judicial- A. Elementos gerais da justiça adaptada às crianças-49.ª-Informação e aconselhamento-50.ª a 54.ª, B. A justiça adaptada às crianças antes do processo judicial-84.ª e 85.ª, D. A justiça adaptada às crianças durante o processo judicial-89.ª- 1. Acesso ao tribunal e ao processo judicial-90.ª a 100.ª, 2. Aconselhamento jurídico e representação-101.ª a 105.ª, e em particular o Ponto 3. Direito a ser ouvido e a exprimir a sua opinião-106.ª a 117.ª;

Em termos da atividade da Organização das Nações Unidas destaca-se o seguinte instrumento e correspondente regime jurídico previsto:

- o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Instituição de um Procedimento de Comunicação de 19 de dezembro de 2011³², relativo à instituição de procedimento de comunicação previsto no Art.5.º-Comunicações individuais que constitui um mecanismo de acesso alternativo e/ou cumulativo.

Por seu turno, a nível interno, em Portugal:

- em sede de procedimentos administrativos, o Código de Procedimento Administrativo³³ prevê nos Artigos 12.º - Princípio da participação dos particulares e associações na formação das decisões que lhes digam respeito, 80.º - Direito de audiência dos interessados e 82.º - Informação procedimental o direito de participação dos particulares;

- quanto aos processos administrativos, os Artigos 1.º e 4.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais³⁴ e o Artigo 212.º, n.º 3 da C.R.P. legitimam a ação processual administrativa em relação aos

³⁰Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças (STE160) de 25 de outubro de 1996, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014, de 27/01 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 3/2014, de 27/01. Diário da República, 1.ª série – N.º 18. (Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014). [Em linha]. [Consult. 23 agosto 2023]. Disponível na Internet: <URL: <https://files.diariodarepublica.pt/1s/2014/01/01800/0053400543.pdf>>.

³¹Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre justiça adaptada às crianças [Em linha]. 2010. [Consult. 27 agosto 2023]. Disponível na Internet: <URL: <https://rm.coe.int/16806a45f2>>

³²Aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 134/2013 e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 100/2013 ambos de 9 de setembro. Diário da República, 1.ª série — N.º 173. (Em linha). [Consult. 23 agosto 2023]. Disponível na Internet: <URL: <https://files.diariodarepublica.pt/1s/2013/09/17300/0564605646.pdf>> e <URL: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/protocolo_facultativo_convencao_sobre_direitos_crianca_relativo_instituicao_procedimento_comunicacao.pdf>.

³³Decreto-lei n.º 4/2015, de 07 de janeiro. Diário da República, 1.ª série - N.º 4.

³⁴Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro. Diário da República, 1.ª-A série - N.º 42.

litígios cujo objeto envolva a prevenção, cessação e reparação de violações a valores e bens constitucionalmente protegidos em matéria de património cultural e bens do Estado e os Artigos 2.º-Tutela jurisdicional efetiva- que no n.º 1 consagra “O princípio da tutela jurisdicional efetiva compreende o direito de obter, em prazo razoável, e mediante um processo equitativo, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, cada pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar e de obter as providências cautelares, antecipatórias ou conservatórias, destinadas a assegurar o efeito útil da decisão.” e 9.º-Legitimidade ativa do Código de Processo dos Tribunais Administrativos³⁵;

- o direito de participação procedimental e de ação popular (este último que já analisamos anteriormente)-Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto³⁶, nos Artigos 1.º-Âmbito da presente lei, 2.º-Titularidade dos direitos de participação procedimental e do direito de ação popular, 3.º-Legitimidade ativa das associações e fundações, 12.º-Ação procedimental administrativa e ação popular civil e 16.º-Ministério Público permite-se o exercício daqueles direitos em defesa do património cultural, como direito difuso que é;

- Código de Processo Civil³⁷ nos Artigos 2.º- Garantia de acesso aos tribunais, 17.º- Representação por curador especial ou provisório, 18.º- Desacordo entre os pais na representação do menor, 21.º- Defesa do ausente e do incapaz pelo Ministério Público, 23.º-Representação de incapazes e ausentes pelo Ministério Público e 31.º- Ações para a tutela de interesses difusos e o Artigo 20.º-Acesso ao Direito e tutela jurisdicional efetiva da C.R.P. garantem o a legitimidade processual e o acesso aos tribunais pelas crianças na defesa do Direito do Património Cultural.

De salientar ainda, o Estatuto do Ministério Público-Lei n.º 68/2019, de 27 de agosto³⁸ nos Artigos 1.º-Definição da figura jurídica de Ministério Público, 2.º-Autonomia, 5.º-Dever de colaboração permitem a sua atuação na defesa do Direito do Património Cultural e os Artigos 66.º, 67.º e 68.º do Estatuto da Ordem dos Advogados-Lei n.º 145/2015, de 09 de setembro³⁹ em sede de mandato judicial, representação, assistência e consulta jurídica por advogado.

O Parecer n.º 3/2022 da Procuradoria-Geral da República⁴⁰ que “aprova parecer sobre direito de associação — menores de idade — liberdade de organização e regulamentação interna das associações — proibição de discriminação” reveste uma relevante importância na defesa do Direito do Património Cultural pelas crianças ao

³⁵ Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro. Diário da República, 1.ª série - N.º 45.

³⁶ Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, Diário da República, 1ª série - N.º 201.

³⁷ Lei n.º 41/2013, de 26 de junho. Diário da República, 1.ª série – N.º 121.

³⁸ Lei n.º 68/2019, de 27 de agosto. Diário da República, 1.ª série – N.º 163.

³⁹ Lei n.º 145/2015, de 09 de setembro. Diário da República, 1.ª série – N.º 176.

⁴⁰ Parecer (extrato) n.º 3/2022 da Procuradoria-Geral da República. [Em linha]. Diário da República, 2.ª série - N.º 195. [Consult. 28 agosto 2023]. Disponível na Internet: <URL: <https://files.dre.pt/2s/2022/10/195000000/0011500117.pdf>>.

mencionar nas suas Conclusões “18.^a (...) a lei facilitou o exercício do direito de associação pelos menores, estabelecendo um regime excecional face à sua incapacidade geral de exercício de direitos: os menores com idade igual ou superior a 14 anos têm o direito de aderir a associações ou constituir novas associações e a ser titulares dos respetivos órgãos, sem necessidade de qualquer autorização (artigo 2.º da Lei n.º 124/99, de 20 de agosto); 19.^a Em suma, os estatutos de uma associação podem conter disposições que diferenciam em razão da idade — limitando a participação de menores —, sem que, com isso, violem o disposto no artigo 2.º da Lei n.º 124/99, de 20 de agosto⁴¹, mas estas não podem traduzir-se em disposições discriminatórias; 20.^a A limitação da participação de menores numa associação — vedando a sua admissão ou restringindo os seus direitos — tem de se sustentar em fundamento material bastante para a diferenciação.”

Importância atual reveste a Estratégia Nacional para os Direitos da Criança para o período 2021-2024 (doravante, ENDC 2021-2024), aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 112/2020, de 18 de dezembro de 2020⁴², que no seu Sumário refere que:

“Por outro lado, no âmbito da implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC) foi levada a cabo uma avaliação da situação das crianças e jovens face aos seus direitos em Portugal, nos domínios da proteção social, bem-estar familiar, saúde integral, educação inclusiva e equitativa, acesso à justiça e participação e exercício da cidadania.”

No seu Anexo I, Ponto 3 Prioridades e objetivos estratégico a ENDC 2021-2024 tem como Prioridade III-Promover o acesso à informação e à participação das crianças e jovens e reconhece que “Em Portugal, tem -se verificado uma diminuição significativa da cultura de intervenção e participação cívica, particularmente entre os jovens. São por isso decisivas as medidas que favoreçam o acesso à informação e promovam o associativismo, a participação e a intervenção cívica das crianças e jovens. A ENDC 2021 -2024 pretende promover a informação e o conhecimento das crianças e jovens sobre os seus direitos e garantir a formação adequada aos profissionais que interagem sistematicamente com crianças e jovens no sistema de ensino, judicial, saúde e da segurança social.”.

3. Considerações Finais

⁴¹ Lei n.º 124/99, de 20 de agosto. Diário da República, 1.ª-A série - N.º 194.

⁴² Estratégia Nacional para os Direitos da Criança para o período 2021-2024. [Em linha]. Resolução do Conselho de Ministros n.º 112/2020, de 18 de dezembro de 2020. Diário da República, 1.ª série - N.º 245. [Consult. 27 agosto 2023]. Disponível na Internet: <URL: <https://files.dre.pt/1s/2020/12/24500/0000200022.pdf>>.

Existe uma responsabilidade de todos, em preservar o património cultural, como elo de ligação entre gerações, assim como o é, a participação das crianças na vida cultural, como seu destinatário.

Existem normas jurídicas que sustentam esse direito e que devem ser dadas a conhecer e concretizadas, de modo, a que essa responsabilidade se torne efetiva.

Como herdeiras do património cultural da humanidade, cabe às crianças participar, sobre a forma como o irmão receber!

Referências Bibliográficas:

Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos - Direitos humanos e aplicação da lei - guia do formador para a formação em direitos humanos das forças policiais. [em linha]. Nações Unidas. Nova Iorque e Genebra. 2002. [Consult. 20 de agosto de 2023]. Disponível na Internet: <URL: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/cndh_formacao5.pdf>.

Direitos Humanos-Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos 1995|2004.O Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais [em linha]. N.º 16 - Ficha Informativa | Rev. 1. 2008. [Consult. 20 de agosto de 2023]. Disponível na Internet: <URL: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/ficha_16_direitos_economicos_sociais_culturais.pdf>.

Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre justiça adaptada às crianças [em linha]. 2010. [Consult. 27 agosto 2023]. Disponível na Internet: <URL: <https://rm.coe.int/16806a45f2>>

Estratégia Nacional para os Direitos da Criança para o período 2021-2024. [Em linha]. Resolução do Conselho de Ministros n.º 112/2020 de 18 de dezembro de 2020. Diário da República, 1.ª série - N.º 245. [Consult. 27 agosto 2023]. Disponível na Internet: <URL: <https://files.dre.pt/1s/2020/12/24500/0000200022.pdf>>.

MIRANDA, J - Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais. Revista O Direito 138º. IV. 2006. ISBN: 9789724029139.

O.N.U. [em linha]. [Consult. 20 de agosto de 2023]. Disponível na Internet: <URL: <https://www.un.org/pt/>>.

Parecer (extrato) n.º 3/2022 da Procuradoria-Geral da República. [Em linha]. Diário da República, 2.ª série - N.º 195. [Consult. 28 agosto 2023]. Disponível na Internet: <URL: <https://files.dre.pt/2s/2022/10/195000000/0011500117.pdf>>.

POÇAS, I - A Participação das Crianças na Mediação Familiar. [em linha]. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 73, Vols. II/III – abril/setembro. 2013. ISSN 0870-811. [Consult. 23 agosto 2023]. Disponível na Internet: <URL: <https://www.oa.pt/upl/%7Bd647291c-4a3f-4930-8b3d-8d494e9a995f%7D.pdf>>.

POÇAS, I.R. - Direito do Património Cultural e Mecanismos Resolução/Agilização de Litígios in Revista da Ordem dos Advogados. [em linha]. Ano 78. Vols. III/IV – julho/dezembro. 2017. ISSN 0870-8118. [Consult. 23 agosto 2023]. Disponível na Internet: <URL: https://portal.oa.pt/media/130421/isabel-restier-pocas_roa_iii_iv_2017-2.pdf>.

As Práticas ESG e a Atuação Empresarial no Desenvolvimento Sustentável: da Simulação à Prática.

ESG practices and business performance in sustainable development: From simulation to practice.

Ana Paola Bastos Xerez¹

João Ricardo Holanda do Nascimento²

Renata Albuquerque Lima³

Sumário: 1. Introdução; 2. A influência da Agenda 2030 da ONU nas empresas brasileiras. A corrida pelo “selo” ESG; 3. Os lados opostos da adoção de práticas ESG nas empresas; 4. Avaliação da performance de empresas ESG e o impacto de uma boa governança; 5. A relação das práticas ESG adotadas pelas empresas com responsabilidade social empresarial juntamente com o compliance como instrumento de boa governança corporativa; 6. Conclusão.

Resumo: Neste presente artigo, iremos explorar a abordagem ESG e a sua importância para a sustentabilidade empresarial, envolvendo os seus benefícios, os critérios que são utilizados para avaliar a performance das empresas nos termos dessa prática, como também os desafios enfrentados pelas empresas na sua implementação e recomendações para empresas que desejam adotar essa prática de forma eficaz e sustentável. Diante dos desafios que as empresas terão pela frente, elas buscaram um meio de enganar os órgãos, consumidores e a sociedade, utilizando práticas *Greenwashing*. Na mesma proporção que meios são descobertos para burlar o atual funcionamento empresarial, os órgãos se atentam e ficam mais rigorosos a fim de combater a desonestidade das empresas. A Agenda 30 da ONU contribuiu significativamente para o desenvolvimento da nova ordem mundial empresarial, que estabeleceu relação diretamente entre sustentabilidade e sucesso. É notório que uma boa governança faz diferença para a implementação de práticas sustentáveis dentro da empresa, os líderes têm que estarem suscetíveis a mudanças drásticas e ter a capacidade de liderar em meio a adversidade, incentivando seus funcionários, investidores a olharem para o futuro. Por meio da metodologia bibliográfica, temos como objetivo analisar como as empresas estão se adaptando a nova ordem mundial empresarial. As empresas estão em busca do equilíbrio através da tecnologia e inovação, por meio da adesão das práticas ESG, como a logística reversa.

Palavras chaves: Desenvolvimento; Empresas; *ESG*.

Abstract: In this present article, we will explore the ESG approach and its importance for corporate sustainability, involving its benefits. The criteria that are used to evaluate the performance of companies in terms of this practice, as well as the challenges faced by companies in its implementation and recommendations for companies that want to adopt this practice in an effective and sustainable way. Faced with the challenges that companies will face, they have sought a way to deceive agencies, consumers and society, using Greenwashing practices. In the same proportion that means are discovered to circumvent

¹ Graduanda em Direito na Faculdade Luciano Feijão – anaapaola23@gmail.com

² Mestre em Direito pelo Centro Universitário UNICHRISTUS. Professor da Graduação em Direito da Faculdade Luciano Feijão. Advogado. E-mail: jricardoholanda.adv@gmail.com

³ Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Atualmente é Professora do Mestrado em Direito e da Graduação da UNICHRISTUS. É Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú - UVA. É coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Luciano Feijão – FLF. E-mail: realbuquerque@yahoo.com

the current business functioning, the bodies pay attention and become more rigorous in order to combat corporate dishonesty. The UN's Agenda 30 contributed significantly to the development of the new business world order, which established a direct relationship between sustainability and success. It is clear that good governance makes a difference for the implementation of sustainable practices within the company, leaders have to be susceptible to drastic changes and have the ability to lead amid adversity, encouraging their employees, investors to look to the future. Through bibliographic methodology, we aim to analyze how companies are adapting to the new business world order. Companies are looking for balance through technology and innovation, through adherence to ESG practices, such as reverse logistics.

Keywords: sustainability; business; ESG practices.

Introdução

O termo ESG vem do inglês e significa *Environmental, Social e Governance*, traduzindo para o português, possui o significado Ambiental, Social e Governança. O termo busca indicar às empresas uma expectativa na qual a atuação empresarial consiga contribuir com essas três vertentes de modo equilibrado.

Essas práticas surgiram em 2006, através do documento da ONU, Princípios para o Investimento Sustentável; esse documento propunha que as empresas sejam avaliadas não somente pelo lucro, mas também pela capacidade de serem sustentáveis. Tais práticas não tiveram tanta visibilidade como hoje, onde vivemos em uma realidade em que buscamos a sustentabilidade para a sociedade. Através da pesquisa bibliográfica feita em sites especializados no segmento empresarial/financeiro, como também em sites de empresas e marcas que atuam no ramo da sustentabilidade, percebemos como essa visibilidade foi drástica ao longo desses últimos anos. Claro que com a criação da Agenda 2030 ficou mais nítido a busca por essa sustentabilidade universal. Principalmente, no que diz respeito às empresas, pois iniciou-se uma corrida pelo “selo” ESG. E é de suma importância a adesão dessas práticas por partes delas, pois são elas que contribuem para o desenvolvimento da sociedade.

A abordagem ESG tem como base considerar critérios ambientais, sociais e de governança em decisões empresariais. Isso inclui fatores como o impacto ambiental, práticas trabalhistas, diversidade e transparência na gestão. Nota-se o impacto que ela terá na sustentabilidade empresarial, pois ela ajuda as empresas no controle de riscos e oportunidades relacionados a esses fatores, além de melhorar a reputação e relação com *stakeholders* como clientes, funcionários e investidores. Além de perceber os benefícios que a empresa terá ao se tornar ESG, percebe-se o lado oposto, os obstáculos por elas enfrentados.

As práticas ESG podem ser vistas como mais um impulso para o mundo empresarial se desenvolver cada vez mais. Além de gerar sustentabilidade, a nova ordem empresarial

permite ainda mais o avanço tecnológico e inovador. Permite que oportunidades sejam criadas para atender a essa nova demanda, como também é criada formas de ultrapassar, negativamente, essa ordem. Atualmente, essas formas já são de conhecimento dos órgãos fiscalizadores, que já estão mais rigorosos com a adesão verídica de práticas sustentáveis nas empresas.

Por isso a boa governança é cobrada, para que o alinhamento entre o financeiro e o sustentável seja feito dentro das conformidades legais. Gerando assim, um bom resultado para a empresa dentro dos rankings existentes que elegem as empresas mais sustentáveis, aumentando a credibilidade da empresa no mercado. A responsabilidade social empresarial vem a partir do incremento de práticas adotadas a partir do *compliance*, como a logística reversa que é reforçada na Política Nacional de Resíduos Sólidos.

A Influência da Agenda 2030 da ONU nas Empresas Brasileiras. A Corrida pelo “Selo” ESG.

A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, ou apenas Agenda 30, é um plano de ação global adotado em setembro de 2015 pelos países membros das Nações Unidas para erradicar a pobreza, proteger o planeta e promover a prosperidade para todos; ela foi criada para orientar o desenvolvimento sustentável no mundo nos próximos 15 anos.

Para atingir seus principais objetivos, a Agenda 30 desenvolveu 17 ODS (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável) interligados que abordam as causas de degradação da natureza, pobreza e a desigualdade. Esses ODS transformam-se em um plano compartilhado para o benefício da humanidade e do planeta.

Esse plano global proporcionou uma visibilidade maior ainda para a sustentabilidade durante esses últimos anos. Ela não atingiu somente o âmbito ambiental em si, mas toda a sociedade; entretanto, cada segmento correspondeu de uma forma diferente. A fim de atingir os ODS, as empresas deram um *start* em uma corrida em busca do “selo” ESG, afetando diretamente na conscientização e engajamento sobre a importância da sustentabilidade e do desenvolvimento sustentável nas empresas de todos os setores e tamanhos, alinhando-se aos ODS. Além disso, incentivou as empresas a trabalharem em parcerias com outras organizações e governos para alcançar os ODS, o que facilitou na criação de práticas ESG; as empresas estão trabalhando em conjunto para desenvolver soluções sustentáveis em desafios comuns. Estabeleceu metas claras e mensuráveis para o desenvolvimento sustentável; as empresas agora estão mais propensas a medir e relatar seu desempenho, o que ajuda a identificar áreas para melhoria. Por fim, criou oportunidades para as empresas

inovarem e desenvolverem novos produtos e serviços; as empresas agora estão mais incentivadas a buscar soluções inovadoras que atendam às necessidades das pessoas e do planeta.

Os Lados Opostos da Adoção de Práticas ESG nas Empresas.

Com a adesão da Agenda 30 conectada à implementação de práticas ESG, as empresas obtiveram diversos benefícios, como o desempenho financeiro melhor ao longo prazo, devido à redução de riscos ao considerar fatores ambientais, sociais e de governança. As empresas podem identificar e mitigar riscos que poderiam afetar suas operações, como multas ambientais, processos trabalhistas e escândalos de governança; podendo aumentar a eficiência e a inovação. Além disso, notou-se que a implementação dessas práticas ajuda a melhorar a reputação das empresas, demonstrando seu compromisso com a sustentabilidade e com a responsabilidade social, atraindo cada vez mais investidores, pois a adoção dessas práticas indica uma gestão responsável, e consumidores conscientes, que escolhem comprar produtos e serviços dessas empresas, o que resulta em um aumento de vendas e fidelização de clientes.

Apesar de muitas empresas seguirem esse novo modelo de gestão e se beneficiar com os resultados, há obstáculos que devem ser ultrapassados para elas progredirem positivamente. Primeiramente deve-se atentar a falta de compreensão de algumas empresas, pois elas podem não entender completamente o que significa a abordagem ESG, o que pode levar a uma implementação inadequada ou inconsistente. O que irá dificultar também a implementação é a resistência interna por parte dos acionistas ou executivos, por exemplo, eles podem não estar convencidos dos benefícios das práticas ESG. Além disso, percebe-se a falta de padronização, não há um conjunto único de medidas aceitas globalmente, o que pode tornar difícil para as empresas medir seu desempenho em relação a seus pares. Por ser um modelo de gestão recente muitas vezes falta o incentivo, a maioria das empresas ainda opera em um ambiente de curto prazo, onde o foco está em maximizar lucros a curto prazo, o que desincentiva a implementação dessas práticas que podem exigir um investimento inicial significativo ou ter um impacto em curto prazo sobre a rentabilidade. Consequentemente, os custos são o maior obstáculo, principalmente para pequenas e médias empresas que podem não ter os recursos necessários para investimentos significativos em tecnologias e processos sustentáveis.

Sendo os custos um dos principais obstáculos da sustentabilidade empresarial, as empresas encontraram maneiras de burlar esse sistema. Uma das formas foi com a prática de

Greenwashing, ou no português “lavagem verde”, uma estratégia baseada no falso marketing verde, ou seja, elas promovem ações, discursos, propagandas alegando serem ecologicamente corretas quando, de fato, não são. A implementação dessa estratégia se dá pelo fato que 66% dos consumidores estariam suscetíveis a pagar mais por um produto/serviço vindo de uma empresa sustentável. (Ecycle, 2022, online).

Os setores que mais utilizam essa prática são o automobilístico, os de produtos de limpeza e o setor público. Eles utilizam estratégias como o *Greenbushing*, que é quando as empresas omitem qualquer dado que envolva o desempenho sustentável da empresa, ou *Greenlabelling*, a empresa vende produtos alegando serem sustentáveis sem nenhuma prova científica e adicionam símbolos enganosos que levam os consumidores a presumirem que os produtos possuem credenciais ambientais. Há também estratégias específicas envolvendo o falso comprometimento contra as mudanças climáticas e a utilização banalizada do termo “carbono zero”, que são, respectivamente, *Climate-washing* e *Carbon-washing*. (Ecycle, 2022)

Para encontrar um equilíbrio entre os benefícios e os desafios da adoção das práticas ESG, é importantíssimo que as empresas tenham conhecimento do que a sustentabilidade representa hoje para o mundo e, se preparem por meio de uma abordagem estratégica e sistemática envolvendo uma comunicação transparente em conjunto com os investidores, funcionários, clientes e até mesmo a comunidade local. Como também a tomada de decisões deve ser baseada em dados precisos; monitorar continuamente o desempenho da empresa e fazer ajustes quando necessário.

Por fim, definir objetivos claros e reais que possam ser avaliados e monitorados com regularidade, principalmente depois da COP 26, que formalizou a obrigação da divulgação das finanças sustentáveis das empresas se elas quiserem ter acesso a capital. Para avaliar se as empresas adotam as práticas ESG, a *IFRS Foundation* criou o *International Sustainability Standard Board* – ISSB para ser o responsável pela elaboração das normas a serem seguidas nos relatórios de sustentabilidade das empresas. (Investnews, 2022)

Avaliação da Performance de Empresas ESG e o Impacto de Uma Boa Governança.

Com o avanço da busca por um mundo sustentável e a adoção das práticas ESG nas empresas, foram desenvolvidos critérios para avaliar essas empresas e observar se seguem os princípios norteadores dessa prática. No que diz respeito aos critérios ambientais, são avaliados os impactos das empresas no meio ambiente, incluindo emissões de gases de efeito estufa, gestão de resíduos, uso de energia renovável, entre outros. Em relação aos critérios sociais, são avaliados como os funcionários, clientes e a comunidade são tratados pela

empresa, incluindo práticas trabalhistas, diversidade, impacto social. Por fim, os critérios de governança avaliam a qualidade da gestão, incluindo a transparência, a ética, a independência do conselho administrativo etc. Esses critérios podem ser utilizados por agências de *rating*, investidores e outras organizações para avaliar a performance ESG das empresas e tomar decisões de investimento ou parceria com base nessa avaliação.

Seguindo esses critérios como base, a Merco (Monitor Empresarial de Reputação Corporativa) aderiu mais um monitor, a Merco Responsabilidade, que avalia as empresas mais responsáveis dentro da adoção de métodos ESG. A Merco está presente em mais de 15 países, é referência na América Latina, pois sua avaliação é baseada na metodologia *multistakeholder*. Seu valor divide-se em três, transparência, independência e rigor. Sua metodologia é pública, recolhem valoração de 24 fontes de informações e seguem as normas da ESOMAR- *European Society for Opinion and Marketing Research*, e a presença no ranking é gratuita. Eles disponibilizam também um ranking sobre os líderes empresariais e um ranking sobre as empresas com a melhor reputação corporativa. Por tratar-se de uma organização independente, eles não fazem consultoria, mas trabalham com a venda de relatórios confidenciais a empresas, mostrando a credibilidade e a veracidade das suas pesquisas e dados. Outro ponto que ressalta mais ainda sua credibilidade é o fato que o Merco é o único monitor de reputação verificado no mundo.

Percebe-se o alinhamento que os três resultados têm e como uma boa liderança é capaz de elevar o nível da sua empresa, proporcionando produtos e serviços que respeitam a natureza, um ambiente de trabalho seguro e confortável, se conectando mais ainda com a sociedade. Para desenvolver uma boa governança, o líder tem que ter a capacidade de lidar com a adversidade do mercado empresarial, além da adversidade social; com a constante evolução tecnológica; respeitar os limites entre o meio ambiente e o homem; e liderar a comunidade para um futuro sustentável.

Responsabilidade Social Empresarial e o *Compliance* como Instrumentos de Boa Governança Corporativa

As práticas ESG adotadas pelas empresas estão intrinsecamente relacionadas à responsabilidade social empresarial (RSE) e ao *compliance*, uma vez que são instrumentos de boa governança corporativa. Quando se trata da responsabilidade social empresarial e a adesão das práticas ESG, é a partir desse momento que as empresas assumem tal responsabilidade na prática, pois ao adotar essas práticas, as empresas estão contribuindo para a melhoria da sociedade e do meio ambiente, promovendo a sustentabilidade a longo

prazo. O *compliance* diz respeito ao ato de estar em conformidade com a lei, normas e regras, podendo ser leis federais ou normas corporativas; a prática ESG é uma maneira das empresas estarem em conformidade com as regulamentações ambientais, sociais e de governança, adotando práticas responsáveis e cumprindo as leis e regulamentações aplicáveis. Dessa forma, as empresas podem evitar riscos legais e reputacionais, além de promover a transparência e a responsabilidade. Isso influencia diretamente na boa governança, pois ao adotar práticas responsáveis, decisões éticas e garantir a transparência, isso ajuda a promover a confiança dos investidores, clientes e outras partes interessadas.

Como foi visto anteriormente, a RSE e a boa governança estão ligadas diretamente entre si; tanto o *compliance*, quanto as práticas ESG, são utilizados pelas empresas para estarem em conformidade com a RSE e os demais objetivos voltados para a sustentabilidade empresarial. Uma das práticas adotadas pelas empresas e que está de acordo com o *compliance* da mesma e do governo, é o sistema de logística reversa.

No Brasil, o sistema de logística reversa é regulamentado pela lei nº 12.305/2020 que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos. O *compliance* assegura que o sistema de logística reversa seja realizado adequadamente conforme a lei. Ela tem grande importância para o controle dos impactos ambientais porque ela ajuda na redução da quantidade de resíduos gerados. Essa atividade visa a coleta, recuperação e a restituição dos resíduos sólidos para o setor empresarial, onde poderão ser reaproveitados em seu próprio ciclo ou nos ciclos de outros produtos, ou outra finalidade ambiental adequada. Ela pode ser aplicada em diversos setores, como o de embalagens, pilhas e baterias.

O sistema de logística reversa pode ajudar na diminuição do uso de matérias-primas virgens, reduzindo o consumo de energia e água, e também a emissão de poluente associados a essa extração. Evitando o descarte incorreto desses resíduos, a contaminação do solo, água e do ar pode ser evitada. Como também ajuda na redução da pegada de carbono da empresa, pois a recuperação de materiais pode reduzir a necessidade de novas produções, reduzindo a emissão de gases de efeito estufa associado à produção e transporte desses materiais.

A logística reversa torna-se eficaz, pois além de contribuir para a preservação do meio ambiente, ela contribui para a rentabilidade da empresa. Através da recuperação de produtos, materiais ou embalagens, a empresa pode economizar na compra de novos materiais e reduzir os custos de descarte. Além disso, ela pode promover a inclusão social, através da criação de cooperativas de reciclagem e da geração de empregos nesse setor.

Conclusão

Muito se é discutido acerca do futuro da humanidade e do planeta. Os governos e órgãos buscam a harmonia entre os seres humanos e o meio ambiente, e isso reflete como eles tomam as decisões a respeito desse objetivo. A Agenda 30 da ONU é o perfeito exemplo dessas decisões, afetando todas as áreas que o ser humano foi capaz de se desenvolver.

Tratando-se da área empresarial foi designado uma nova ordem mundial, que os principais objetivos é rentabilidade e sustentabilidade. Baseando-se nos ODS foram desenvolvidos meios para alcançar esse fim; as práticas ESG são o meio para as empresas se adaptarem a nova realidade. A partir desse pacto global, políticas públicas foram feitas para incentivar às empresas a aderirem tais práticas e para regulamentação, a fim de padronizar a fiscalização feita em cima dos dispositivos legais.

A Logística Reversa é o exemplo de uma prática ESG aplicável e eficaz. Ela tanto diminui os riscos para o meio ambiente, como também prevê economia e rentabilidade para as empresas, além de contribuir para a geração de novos serviços e empregos. Do mesmo modo que estratégias são usadas para contribuir com a Agenda 30, há estratégias desenvolvidas para burlar essa nova ordem, por exemplo o *Greenwashing*, mencionado nesse artigo.

A busca pelo equilíbrio entre humanidade e o planeta não está isento da ganância e a busca pelo poder do homem; mas, não podemos desistir do nosso objetivo. O mundo empresarial é o perfeito exemplo dessa persistência, pois apesar do financeiro pesar na maioria das decisões, as empresas estão se adaptando a essa nova ordem mundial, onde a contribuição para a sociedade e para o meio ambiente são valores basilares.

Referências

GREENWASHING: entenda o que é e evite. Ecycle, 2022. Disponível em: <https://www.ecycle.com.br/greenwashing/>. Acesso em 25/05/2023.

CARLOS, R. ESG, Responsabilidade Social e Sustentabilidade: entenda o que é, 10/02/2023. Disponível em: <https://investidor10.com.br/conteudo/o-que-e-esg-nos-investimentos/>. Acesso em 25/05/2023.

FURTADO, A. A nova ordem mundial das empresas: salve o mundo e ganhe dinheiro, 27/04/2022. Disponível em: <https://investnews.com.br/colunistas/salve-o-mundo-lucre/a-nova-ordem-mundial-das-empresas-salve-o-mundo-e-ganhe-dinheiro/>. Acesso em 25/05/2023.

VIEIRA, F. COP 26: entenda o que é e qual a sua importância, 2022. Disponível em: [https://iwastes.com/2022/04/14/cop-26-entenda-o-que-e-e-qual-a-sua-importancia/#:~:text=A%20COP%2026%20%C3%A9%20vista,que%20as%20temperaturas%20continuam%20aumentando](https://iwastes.com/2022/04/14/cop-26-entenda-o-que-e-e-qual-a-sua-importancia/#:~:text=A%20COP%2026%20%C3%A9%20vista,que%20as%20temperaturas%20continuam%20aumentando.). Acesso em: 25/05/2023

MERCO. Monitor Empresarial de Reputação Corporativa, [s.d.]. O que é o Merco. Disponível em: <https://www.merco.info/br/que-es-merco>. Acesso em 25/05/2023

O que é logística reversa. SINIR, [s.d.]. Disponível em: <https://sinir.gov.br/perfis/logistica-reversa/logistica-reversa/>. Acesso em 25/05/2023

Atos de Guerra Cibernética: Possibilidade de Enquadramento como Crime pelo Tribunal Penal Internacional

Acts of cyber warfare as crime under the competence of the International Criminal Court

André Luiz Batista Neves¹

João Glicério de Oliveira Filho²

Laura Lyra Borja³

Sumário: 1. Introdução 2. Ataques Cibernéticos 3. Os crimes de Guerra, artigo 8 do Estatuto de Roma 4. Possibilidade de enquadramento dos ataques cibernéticos como crimes de guerra 5. Conclusão

Resumo: O presente artigo visa trazer reflexões acerca dos crimes de guerra e da possibilidade de atos cibernéticos serem enquadrados dentro da definição fornecida pelo Estatuto de Roma. Assim, por meio de um estudo doutrinário e jurisprudencial do Tribunal Penal Internacional, o artigo analisa os conceitos gerais de um crime de guerra no cenário internacional, bem como os elementos materiais e mentais necessários para que um ato seja configurado como um crime de guerra. Disto, é feita uma análise da possibilidade de enquadramento de um ato cibernético na competência do Tribunal Penal Internacional. Portanto, o problema de pesquisa indaga se é possível o enquadramento de ataques cibernéticos como crimes de guerra pelo Tribunal Penal Internacional. A hipótese, confirmada pelos achados da pesquisa, é de que essa tipificação é possível, considerados os elementos materiais e subjetivos do artigo 8 do Estatuto de Roma. O objetivo do trabalho é fornecer elementos para o enfrentamento jurídico e a adoção de medidas destinadas a prevenir a ocorrência de situações que infelizmente tendem a ser mais comuns, à medida em que se aprofunda a digitalização da sociedade. A metodologia empregada se valerá de revisão bibliográfica, além da análise de precedentes internacionais. A hipótese é que ataques cibernéticos podem ser tidos como atos de guerra, não obstante enfrente o Tribunal Penal Internacional problemas para exercer sua jurisdição em face dos crimes cometidos no ciberespaço. De fato, conflitos quanto a competência territorial e as possibilidades de atuação do Tribunal Penal Internacional, além da necessidade de que o ataque se enquadre de maneira específica nos requisitos materiais e mentais dos crimes de guerra são alguns dos problemas que podem, na prática, dificultar o enquadramento dessas condutas. Percebe-se que, apesar de o Estatuto de Roma não prever de forma expressa a possibilidade de ocorrência de ataques cibernéticos dentro dos crimes de guerra, por meio da análise dos elementos mentais e materiais desse crime é possível se enquadrar os atos cibernéticos. Destaca-se o problema da jurisdição dentro do espaço cibernéticos e as possibilidades de atuação do TPI frente a esses casos.

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor Adjunto de Ciência Política, Teoria da Constituição e Direito Constitucional na Faculdade de Direito da UFBA. Procurador da República (Brasil). E-mail: andreneves@ufba.br.

² Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFBA. Professor Associado de Direito Empresarial na Faculdade de Direito da UFBA. Advogado. E-mail: joao@joaoglicerio.com.

³ Graduada em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. E-mail: lauralyra01@gmail.com

Palavras-chaves: Ataques cibernéticos; crimes de guerra; Artigo 8 do Estatuto de Roma; Tribunal Penal Internacional; Ciberespaço.

Abstract: This paper aims to present reflections on war crimes and the possibility prosecuting cyber attacks under the definitions provided by the Rome Statute. Through the studies of doctrines and jurisprudences of the International Criminal Court (ICC) this paper analyses general concepts of war crimes in the international scenery, as well as the necessary material and mental elements war crimes. That said, it examines the possibility of indicting a cyber attack under the jurisdiction of the ICC. Therefore, the research problem asks whether it is possible to consider cyber attacks as war crimes by the International Criminal Court. The hypothesis, confirmed by the research findings, is that this typification is possible, considering the material and subjective elements of article 8 of the Rome Statute. The objective of the work is to provide elements for legal confrontation and the adoption of measures aimed at preventing the occurrence of situations that unfortunately tend to be more common, as the digitalization of society deepens. The methodology used will be based on a bibliographical review, in addition to the analysis of international precedents. The hypothesis is that cyber attacks can be considered as acts of war, despite the problems faced by the International Criminal Court in exercising its jurisdiction in the face of crimes committed in cyberspace. In fact, conflicts regarding the territorial competence and possibilities for the International Criminal Court to act, in addition to the need for the attack to fit specifically into the material and mental requirements of war crimes are some of the problems that may, in practice, make it difficult to frame these ducts. It can be noted that, while the Rome Statute does not expressly foresee the possibility of cyber attacks ben trialed under the competence of the Court, by means of analyzing the elements of the crimes, mental and material, it is possible to prosecute the acts committed through the cyberspace under the Statute. The matter of jurisdiction inside the cyberspace stands out through the paper, as well as the possibilities of the ICC exercising its powers.

Keywords: Cyber attacks; War crimes; Article 8 of the Rome Statute; International Criminal Court; civilians; jurisdiction.

1. Introdução

Os recentes desenvolvimentos tecnológicos aumentaram a interconectividade dos fluxos de informação na sociedade mundial. Cadeias produtivas globais, economias, conhecimentos sociais, desenvolvimentos científicos, e diversas outras áreas essenciais para a vida em sociedade se tornam cada vez mais conectadas e dependentes de recursos informáticos em rede. Essa alta conexão entre ciberespaços mundiais gera um grave risco de exposição a ataques cibernéticos, que podem gerar prejuízos imensuráveis para os sistemas econômicos, políticos e jurídicos.

Assim, em que pesem os benefícios trazidos pelos desenvolvimentos tecnológicos, como maior cooperação internacional, essa interconectividade gera uma fragilidade nos sistemas mundiais, submetendo os países a possíveis ataques pelo ciberespaço, os quais pode, ainda, ser patrocinados, diretamente ou indiretamente, por Estados, como instrumentos de suas disputas contra outros atores da comunidade internacional.

Além disso, podem ser usadas como artifícios tecnológicos no desenrolar de conflitos armados, gerando uma maior insegurança para as nações envolvidas em cenários de guerras, devido, especialmente, a dificuldade de prevenção desses ataques e de garantir a punição dos seus autores.

Desde o início do desenvolvimento da sociedade humana os maiores avanços tecnológicos foram feitos com o intuito de obter vantagens em meio a disputas entre nações. A corrida armamentista fez com que a sociedade obtivesse diversos desenvolvimentos tecnológicos, a própria internet, por exemplo, foi resultado de pesquisas feitas pelos militares durante a Guerra Fria. Torna-se essencial a discussão acerca do uso do cyber espaço como uma arma de guerra, e suas possíveis repercussões nos cenários dos conflitos internacionais, frente a esse histórico humano de desenvolvimento tecnológico com objetivos militares.

Diversas são as possibilidades que a interconectividade trouxe para as nações internacionais, no entanto, quanto maior a dependência de um país em relação as tecnológicas atuais, maior a sua fragilidade em cenários de conflitos armados, guerras inteiras podem ser travadas dentro das redes, deixando as comunidades mundiais suscetíveis a ataques cibernéticos. Nesse cenário, deve-se analisar as possibilidades de um grupo utilizar dessa ferramenta, essencial para a vida de tantas pessoas, como meio de obter vantagens no meio de conflitos, de forma a violar princípios imprescindíveis para o cenário internacional.

A superação dos limites territoriais, possibilitada pelo ciberespaço, cria desafios para a prevenção e proteção contra essas agressões. O uso de meios tecnológicos para iniciar e perpetuar guerras contra adversários virtuais, por meio de ataques cibernéticos, é uma das formas mais fortes do chamado “cyberwarfare”.

Nesse escopo, deve-se atentar para a possibilidade de atos cibernéticos serem considerados como crimes de guerra, nos termos do artigo 8 do Estatuto de Roma. Assim, busca-se analisar os maiores obstáculos para o enquadramento dos ataques cibernéticos como crimes de guerra, bem como as vantagens trazidas pela possibilidade de se criminalizar essas atitudes dentro da competência do Tribunal Penal Internacional.

Portanto, o problema de pesquisa indaga se é possível o enquadramento de ataques cibernéticos como crimes de guerra pelo Tribunal Penal Internacional. A hipótese, confirmada pelos achados da pesquisa, é de que essa tipificação é possível, considerados os elementos materiais e subjetivos do artigo 8 do Estatuto de Roma. Comentado

O objetivo do trabalho é fornecer elementos para o enfrentamento jurídico e a adoção de medidas destinadas a prevenir a ocorrência de situações que infelizmente tendem a ser mais comuns, à medida em que se aprofunda a digitalização da sociedade. A

metodologia empregada se valerá de revisão bibliográfica, além da análise de precedentes internacionais.

A hipótese é que ataques cibernéticos podem ser tidos como atos de guerra, não obstante enfrente o Tribunal Penal Internacional problemas para exercer sua jurisdição em face dos crimes cometidos no ciberespaço.

2. Ataques Cibernéticos

Inicialmente, deve-se fazer uma análise do que significa o uso dos meios tecnológicos nos cenários de guerra, e a importância desse tópico no cenário do século XXI.

O ciberespaço, ou espaço cibernético, apesar de não possuir uma definição mundial unificada, é considerado um domínio global, dentro do ambiente das informações, constituindo uma rede interdependente de informação tecnológica e infraestrutura e dados, incluindo a internet, as comunicações de rede, os sistemas de computadores, e os processadores e controles⁴. Diante disso, os crimes cibernéticos caracterizam uma grande variedade de atividades criminosas cometidas dentro da rede global, do chamado espaço cibernético, abrangendo, também, os ataques cibernéticos, que são a forma mais forte de 'cyberwafare'⁵.

Na doutrina internacional, a definição exata do que seria um ataque cibernético ainda é objeto de discussão⁶, sendo estabelecido que tais ataques variam em tamanho, escala e alcance⁷. Seguindo a opinião majoritária sobre o assunto, um ataque cibernético deve possuir três elementos principais: um ataque que não possui objetivos financeiros, não é conduzido com objetivos de obter informações (caso contrário seria espionagem virtual), e é uma forma de alterar, destruir, degradar ou interferir na rede, podendo levar a danos aos dispositivos conectados a ela⁸.

Assim, os ataques cibernéticos podem ser compreendidos como violações do ciberespaço, com o intuito de causar danos a rede violada, e os ataques as redes, devido a sua natureza grave, os quais são sérios o suficientes para se qualificar como crimes internacionais,

⁴ Joint Chiefs of Staff, Joint Pub. (2016). *Dept. of Defense Dictionary of Military and Associated Terms*. p. 58. Recuperado em: < https://irp.fas.org/doddir/dod/jp1_02.pdf

⁵ Ambos, K. (2015). *International Criminal Responsibility in Cyberspace*. In N. Tsagourias & R. Buchan (ed.), *Research Handbook on Cyberspace and International Law*, Cheltenham: Elgar. pp. 118-143

⁶ Ambos, K. (2015). *International Criminal Responsibility in Cyberspace*. In N. Tsagourias & R. Buchan (ed.), *Research Handbook on Cyberspace and International Law*, Cheltenham: Elgar. pp. 118-143

⁷ Marguiles, P. (2013) *Sovereignty and Cyber Attacks: Technology's Challenge to the Law of State and Responsibility*. Melbourne Journal of International Law. Vol 14. pp. 6

⁸ Ambos, K. (2015). *International Criminal Responsibility in Cyberspace*. In N. Tsagourias & R. Buchan (ed.), *Research Handbook on Cyberspace and International Law*, Cheltenham: Elgar. pp. 118-143

impulsionando a competência penal internacional e, por isso, podem ser classificados como crimes pelo do Tribunal Penal Internacional⁹.

No entanto, devido à ausência de previsão específica para a atuação do TPI em casos de crimes cibernéticos, o enquadramento desses delitos dentro da competência Corte depende dos elementos materiais e mentais dos crimes expressamente previsto no Estatuto de Roma, sob pena de violação do princípio da legalidade.

3. Os Crimes de Guerra, Artigo 8 do Estatuto de Roma

Diante da crescente utilização dos meios tecnológicos como artifícios de guerra, e a necessidade de limitação dos efeitos dos conflitos armados, preservando-se os limites estabelecidos pelo Direito Internacional Humanitário, faz-se imperativo pensar na possibilidade de criminalização dos ataques cibernéticos com fins bélicos em cenários de conflitos armados.

O Estatuto de Roma, em seu artigo 8, busca estabelecer quais os crimes de guerra que serão criminalizados pelo TPI no cenário internacional, sendo possível o enquadramento dos ataques as redes adversários, caso seja com o meio de violação da Convenção de Genebra de 1949¹⁰. No entanto, para que os crimes cometidos dentro do ciberespaço sejam considerados crimes de guerra, eles devem, primeiro, preencher os elementos gerais do crime previsto pelo Estatuto, sob pena de violar o princípio da legalidade.

3.1. Elementos Materiais ou Objetivos dos Crimes de Guerra

O crimes de guerra estão definidos no artigo 8 do Estatuto de Roma, sendo definidos como graves violações às Convenções de Genebra, de 1949, a saber, qualquer um dos atos listados, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos do tratado que for pertinente, abrangendo, também, outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional¹¹. No mais, para configurar o crime sob a jurisdição da corte esses devem ser cometidos como parte integrante

⁹ Ambos, K. (2015). *International Criminal Responsibility in Cyberspace*. In N. Tsagourias & R. Buchan (ed.), *Research Handbook on Cyberspace and International Law*, Cheltenham: Elgar. pp. 118-143

¹⁰ *Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002*. (2002) Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, DF. Recuperado em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm

¹¹ *Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002*. (2002) Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, DF. Recuperado em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm

de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes, no contexto de conflitos armados, de natureza internacional ou não internacional¹².

Para uma melhor compreensão dos crimes de guerra é necessário primeiro compreender os elementos gerais desse delito e o que significa o Direito Internacional Humanitário (DIH). O DIH, ou Direito de Guerra ou dos Conflitos Armados, é um conjunto de normas que busca limitar os efeitos do conflito armado, de modo a proteger as pessoas que não participam ou deixaram de participar nas hostilidades, restringindo os métodos e os meios de combate¹³. Logo, pode-se afirmar que as normas estabelecidas pelo Direito de Guerra são aplicáveis uma vez que há o uso de forças armadas¹⁴.

Assim, para configurar um crime tipificado pelo artigo 8 do Estatuto de Roma, as ações do sujeito devem estar em violação do DIH, além de serem tipificadas pelo Estatuto, e completarem os elementos materiais e mentais do tipo penal.

3.1.1. Existência de um Conflito Armado

A existência de um conflito armado é o primeiro elemento contextual que deve ser verificado em casos de crimes de guerra, sendo que tal conflito envolve o elemento contextual de uma combate de natureza internacional ou não¹⁵. Na jurisprudência do TPI, assim como na doutrina internacional, não existe uma definição fixa do que seria o elemento “conflito armado”, a Corte vem confiando na definição estabelecido pelo Tribunal Penal Internacional para a antiga Jugoslávia (ICTY), que definiu um conflito armado como existente frente ao uso de força armada entre Estados ou violência prolongada entre grupos de autoridades governamentais ou grupos organizados, ou entre tais grupos e o Estado¹⁶.

No caso *Prosecutor vs. Ntaganda* o TPI, baseando-se no precedente firmado pelo ICTY, determinou que a existência do conflito armado depende das circunstâncias prevaletentes, independento da visão subjetiva das partes envolvidas, assim é uma determinação factual a

¹² Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. (2002) Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, DF. Recuperado em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm

¹³ *O que é o direito internacional humanitário?* (1998) Comitê da Cruz Vermelha. Recuperado em: <https://www.icrc.org/pt/doc/resources/documents/misc/5tndf7.htm>

¹⁴Duffy, H. (2015). *International humanitarian law*. In *The ‘War on Terror’ and the Framework of International Law*. (pp. 344-455). Cambridge: Cambridge University Press.

¹⁵ Ambos, K. (2014). *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*. 1. ed. Oxford University Press. p. 122

¹⁶ *Prosecutor vs. Lubanga*. (2012). Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. Trial Chamber I. International Criminal Court (ICC). ICC-01/04-01/06. para. 533. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_03942.PDF

ser feita pela corte¹⁷. Assim, o conflito não necessita, necessariamente, ser de natureza internacional para provocar a jurisdição do Tribunal, caindo dentro da competência dessa corte os crimes de guerra cometidos dentro de conflitos armados internos, podendo, inclusive, a natureza do conflito mudar no decorrer do combate, sendo ele internacionalizado, por exemplo.

Por outro lado, importante destacar que os casos de tensão e distúrbios internos, como manifestações, isolados e esporádicos atos de violência, apesar de serem similares a conflitos internos, não constituem seriedade suficiente para serem considerados como conflitos armados¹⁸. Como forma de distinguir tais distúrbios internos com os conflitos armados não internacionais, o TPI, no julgamento de Ntaganda, determinou dois critérios para contribuir nessa distinção: a presença de dois grupos armados organizados, que, necessariamente, estão envolvidos em violência armada de certa intensidade¹⁹.

3.1.2. Nexo com o Conflito

Além do conflito de natureza armada, o artigo 8 do Estatuto de Roma exige, como critério para os crimes de guerra, um nexo entre o conflito e o crime cometido. Não basta que a conduta tenha sido cometida no contexto de guerra, elas devem ter uma conexão adicional, como geográfica, pessoal, ou outro tipo de link com o conflito, com o elemento contextual do conflito²⁰.

A distinção entre um crime comum e um crime de guerra depende do nexo com o conflito armado, sendo a diferença mais marcante para averiguar a ocorrência de um crime de guerra com um crime ordinário, é que o crime de guerra é moldado ou dependente do conflito no qual é cometido²¹. A jurisprudência internacional se posicionou no sentido de que para determinar a ocorrência desse delito ele precisa ter sido suportado ou planejado por

¹⁷ *Prosecutor vs. Ntaganda*. (2019). Judgment. Trial Chamber VI. ICC-01/04-02/06-2359. International Criminal Court (ICC). para. 702 Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2019_03568.PDF.

¹⁸ *Prosecutor vs. Ntaganda*. (2019). Judgment. Trial Chamber VI. ICC-01/04-02/06-2359. International Criminal Court (ICC). para. 703 Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2019_03568.PDF.

¹⁹ *Prosecutor vs. Ntaganda*. (2019). Judgment. Trial Chamber VI. ICC-01/04-02/06-2359. International Criminal Court (ICC). para. 703 Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2019_03568.PDF.

²⁰ Cottier, M. (2016). *Part 2: Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law. Article 8: War Crimes*. In O Triffterer and K Ambos (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. 3rd edn. C.H. Beck, Hart, Nomos. p. 314

²¹ Cottier, M. (2016). *Part 2: Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law. Article 8: War Crimes*. In O Triffterer and K Ambos (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. 3rd edn. C.H. Beck, Hart, Nomos. p. 315; *Prosecutor v. Dragoljub Kumarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic* (2002). Appeal Judgment. IT-96-23 & IT-96-23/1-A. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). paras. 58–60. Recuperado de: <https://www.refworld.org/cases,ICTY,3debaafe4.html>.

um tipo de política, ou seja, a existência do conflito armado precisa, no mínimo, ter um papel substancial no potencial do sujeito de cometer o delito²².

Com intuito de determinar se um crime possui, ou não, relação com o conflito armado alguns critérios podem ser aplicados: primeiro, se o sujeito é um combatente, se a vítima é um civil, se a vítima é membro de uma parte oposta, se o ato criminoso em si contribui para um propósito militar maior, e, segundo, se o ato foi cometido como parte das atribuições militares de um oficial²³.

Logo, ações isoladas de violência que ocorrem em um cenário de guerra, mas não possuem conexão com o conflito, como no caso de um homicídio comum, não são suficientes para provocar a jurisdição da corte, caso contrário, todo tipo de crime que ocorre durante um período de guerra poderia estar sujeito a jurisdição do TPI.

3.1.3. Objetos Protegidos

Um dos últimos elementos materiais determinados pelo Estatuto é que as ações devem ser direcionadas contra um dos objetos protegidos pelo artigo 8, os quais são, no geral, os objetos protegidos pelo DIH, ou seja, objetos e pessoas civis, que não desempenham função militar.

Primeiramente, considera-se que um objeto civil é aquele que não possui fins militares, considerando-se dois elementos principais para tal determinação: se o objeto possui contribuição efetiva para fins militares, por conta de sua natureza, localização, propósito ou uso; e se sua destruição, captura ou neutralização, devido as circunstâncias, trazem vantagens militares²⁴. A tipificação dos crimes de guerra busca defender as pessoas e os objetos sobre a proteção do Direito de Guerra e do própria Convenção de Genebra de 1949.

No entanto, caso as pessoas e os objetos sob proteção pelo estatuto percam sua qualidade civil, por exemplo tomando parte direta ou indiretamente no conflito, elas podem perder a sua qualidade de objeto protegido, sendo que a dúvida acerca dessa requalificação é interpretada no sentido de proteger esses civis. Um bom exemplo seria uma escola ou um

²² Cottier, M. (2016). *Part 2: Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law. Article 8: War Crimes*. In O Triffterer and K Ambos (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. 3rd edn. C.H. Beck, Hart, Nomos. p. 315; *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic* (2002). Appeal Judgment. IT-96-23 & IT-96-23/1-A. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). paras. 58–60. Recuperado de: <https://www.refworld.org/cases,ICTY,3debaafe4.html>.

²³ *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic* (2002). Appeal Judgment. IT-96-23 & IT-96-23/1-A. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). paras. 59. Recuperado de: <https://www.refworld.org/cases,ICTY,3debaafe4.html>.

²⁴ Ambos, K. (2014). *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*. 1. ed. Oxford University Press. p. 150

hospital que, apesar de possuir o primeiro objetivo civil, está sendo utilizado como área de combate ou um centro de operações militar²⁵.

3.2. Elementos Subjetivos

Para além dos elementos materiais, e para que uma conduta se qualifique como crime de guerra ela deve, ainda, apresentar os elementos mentais determinados pelo Estatuto. Existe uma exigência de que o sujeito tenha conhecimento das contexto do conflito armado, porém, é dispensável que ele tenha conhecimento dos fatos acerca da natureza internacional ou não do conflito, ou de que uma avaliação legal acerca dessa natureza e dos fatos que a geraram²⁶.

Nesse sentido, não é necessário demonstrar que o sujeito tinha conhecimento do conflito armado, de sua natureza internacional ou não, e de que tipo de conflito se trata, mas é essencial comprovar que tinha conhecimento suficiente da existência do combate²⁷. No mais, é necessário demonstrar, também, que o sujeito tinha conhecimento das circunstâncias fáticas que estabelecem o status do indivíduo ou objeto como protegido pela convenção de Genebra de 1949²⁸.

Além do conhecimento, é necessário que o conflito tenha um papel significativo na decisão, na habilidade ou na maneira em que o crime foi cometido,²⁹ para satisfazer o critério do nexos entre o conflito e o crime em si. Conclui-se que o elemento mental do crime de guerra exige o sujeito tenha um ciência³⁰ do elemento contextual de guerra, e que tal cenário foi decisivo para a atitude tomada por ele.

²⁵ Ambos, K. (2014). *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*. 1. ed. Oxford University Press. pp. 150-152

²⁶ *Elements of Crime*. (2013). International Criminal Court (ICC). Article 8, Introduction. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>

²⁷ *Prosecutor vs. Lubanga*. (2012). Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. Trial Chamber I. International Criminal Court (ICC). ICC-01/04-01/06. para. 1016. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_03942.PDF; *Posecutor vs. Ntaganda*. (2019). *Jugdment. Trial Chamber IV*. International Criminal Court (ICC). ICC-01/04-02/06. para. 733. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2019_03568.PDF

²⁸ *Elements of Crime*. (2013). International Criminal Court (ICC). Article 8(2)(a)(i), footnote 32. Introduction. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>; *Prosecutor vs. Katanga and Ngudjolo*. (2008). Pre Trial-Chamber IV. Decision on Confirmation of Charges. International Criminal Court of Justice (ICC). ICC-01/04-01/07. para. 297. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2008_05172.PDF.

²⁹ *Posecutor vs. Ntaganda*. (2019). *Jugdment. Trial Chamber IV*. International Criminal Court. ICC-01/04-02/06. 2019. para. 731. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2019_03568.PDF

³⁰ Para uma crítica a essa determinação, que não será aqui examinada em respeito aos limites metodologicamente impostos ao presente trabalho, vide AMBOS, K. Os princípios gerais de direito penal no Estado de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, K (org.). Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 48-49

4. Possibilidade de Enquadramento dos Atos Cibernéticos Como Crime de Guerra na Competência do TPI

Os crimes de guerra previstos pelo TPI são compostos por 53 ofensas individualizadas que, para sua ocorrência, dependem dos elementos gerais previstos pelo tipo penal, sejam eles de natureza objetiva (*actus rea*) ou subjetiva (*mens rea*)³¹. O artigo 8 do Estatuto de Roma não faz previsão expressa para a possibilidade de enquadramento de ataques cibernéticos dentro da competência do Tribunal Penal Internacional. Dessa forma, para que um ato cibernético seja enquadrado como crime de guerra, ele depende da análise dos elementos objetivos e subjetivos do artigo 8. Assim, se ele possui gravidade suficiente, está conectado com o contexto de conflito armado no qual se encontra, de modo a, por exemplo, impulsionar objetivos militares, e que seja contra um dos objetos protegidos pelas leis internacionais, pode ser enquadrado dentro dos crimes de guerra previstos pelo artigo 8.

No entanto, tem quem afirme que os atos cibernéticos não caem dentro da definição necessária de “ataque”, de modo a acionar a competência do TPI, uma vez que tais ações não resultem em danos físicos, ou possam ter suas consequências revertidas³². Porém, para a maioria, o que define um ataque não é o meio violento em si, mas a violência dos seus efeitos, sejam eles diretos ou indiretos³³. Ou seja, um ato cibernético, apesar de conduzido de forma não violenta por meio do ciberespaço, pode se encaixar na definição ataque se sua consequência, seu efeito, obtiver resultados violentos.

4.1. O Elementos do Crime de Guerra no Cenário de um Ataque Cibernético

O primeiro critério a ser verificado deve ser o contexto de um conflito armado. Como visto anteriormente, este critério é alcançado quando há um uso de força armada entre Estados ou há uma violência prolongada entre grupos de autoridades governamentais ou grupos organizados, ou entre tais grupos e o Estado³⁴. O que é relevante para sua determinação é o uso de forças armadas e sua atribuição por uma das partes³⁵. Verifica a

³¹ Ambos, K. (2015). *International Criminal Responsibility in Cyberspace*. In N. Tsagourias & R. Buchan (ed.), *Research Handbook on Cyberspace and International Law*, Cheltenham: Elgar. pp. 118-143

³² Cottier, M. (2016). Part 2: Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law. Article 8: War Crimes. In O Triffterer and K Ambos (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. 3rd edn. C.H. Beck, Hart, Nomos. Pg. 356

³³ Cottier, M. (2016). Part 2: Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law. Article 8: War Crimes. In O Triffterer and K Ambos (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. 3rd edn. C.H. Beck, Hart, Nomos. Pg. 356.

³⁴ *Prosecutor vs. Lubanga*. (2012). Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. Trial Chamber I. International Criminal Court (ICC). ICC-01/04-01/06. para. 533. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_03942.PDF

³⁵ Ambos, K. (2015). *International Criminal Responsibility in Cyberspace*. In N. Tsagourias & R. Buchan (ed.), *Research Handbook on Cyberspace and International Law*, Cheltenham: Elgar. pp. 118-143

existência desse critério, é necessário aferir se o ato cibernético possui nexos com o combate, isso porque é preciso verificar se o ato cibernético foi um ato isolado de violência ou se tem objetivos militares.

Para que um ato cibernético configure um crime de guerra ele precisa ter uma relação com o combate, uma conexão entre o ato praticado e o conflito é suficiente para esse critério, no entanto, não basta que o sujeito tenha praticado o ataque na ocasião do embate, tirando proveito do resultado caótico³⁶. Os mesmos critérios citados anteriormente podem ser levados em conta quando está se avaliando o nexo entre o ataque cibernético e o conflito armado, assim, se o sujeito é um combatente, se a vítima é um civil, se a vítima é membro de uma parte oposta, se o ato criminoso em si contribui para um propósito militar maior, e, segundo, se o ato foi cometido como parte das atribuições militares de um oficial³⁷, são alguns indicativos dessa relação³⁸.

Por fim, é necessário que o ataque seja conduzido contra um dos objetos protegidos pelas leis internacionais, e seja conduzido com o conhecimento do conflito armado, ou seja, o *mens rea* exigido pelo artigo 8. Um dos elementos que auxiliam na determinação do “ataque contra um dos objetos protegidos” é o princípio da proporcionalidade. Esse princípio é aceito como sendo uma das bases do direito internacional costumeiro³⁹, e pode ser definido como um princípio geral que busca guiar as relações jurídicas, servindo como um parâmetro para avaliar se um Estado está ou não ultrapassando os limites da discricionariedade⁴⁰.

Esse princípio é aplicável a conflitos de natureza internacional ou não, e busca limitar os meios e os artifícios de guerra, proibindo, particularmente, ataques indiscriminados⁴¹. Segundo o art. 51 do Protocolo Adicional de Genebra são aqueles que não são direcionados a objetos militares, que usam meios ou métodos que não possam ser direcionados

³⁶ Ambos, K. (2015). *International Criminal Responsibility in Cyberspace*. In N. Tsagourias & R. Buchan (ed.), *Research Handbook on Cyberspace and International Law*, Cheltenham: Elgar. pp. 118-143

³⁷ *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic* (2002). Appeal Judgment. IT-96-23 & IT-96-23/1-A. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). paras. 59. Recuperado de: <https://www.refworld.org/cases,ICTY,3debaafe4.html>.

³⁸ Entretanto, é importante lembrar uma dificuldade inerente aos ataques cibernéticos. Eles não necessariamente são deflagrados por combatentes regulares ou mesmo por pessoa ligada ao Estado que eventualmente os patrocina. Por isso mesmo, a investigação e o julgamento desses atos implica uma série de dificuldades probatórias, que não serão debatidas neste texto em respeito aos limites metodológicos.

³⁹ Jensen, E. T. (2013). *Cyber Attack: Proportionality and Precautions in Attack*. *International Law Studies*. U.S. Naval War College. Vol. 89. p. 204

⁴⁰ Arai-Takahashi, Y. (2015) *Proportionality*. *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. ed. Dinah Shelton. Oxford University Press.

⁴¹ Ambos, K. (2015). *International Criminal Responsibility in Cyberspace*. In N. Tsagourias & R. Buchan (ed.), *Research Handbook on Cyberspace and International Law*, Cheltenham: Elgar. pp. 118-143

diretamente a alvos militares, ou que não possam ser limitados⁴². Um ato cibernético que produza efeitos colaterais não é necessariamente ilegal, no entanto se o dano causado for excessivo em relação a vantagem militar ele cai dentro da definição de crime de guerra⁴³. Assim, o princípio da proporcionalidade tem um papel fundamental ao avaliar as consequências de um ataque cibernético, analisando seus efeitos e avaliando se esses ataques são considerados indiscriminados dentro da lei internacional.

4.2. A Jurisdição no Espaço Cibernético

Um dos maiores problemas para julgar e responsabilizar os sujeitos responsáveis pelos atos cibernéticos em crimes de guerra é o exercício da jurisdição do TPI. Os ataques cibernéticos são, por natureza, transnacionais, perpassando mais de uma jurisdição, na verdade, esses crimes costumam originar em uma única competência, porém, dizem respeito a todas aquelas nas quais eles passam e onde possam a vir causar efeitos danosos⁴⁴.

Segundo o artigo 12 do Estatuto de Roma, a Corte terá jurisdição se a conduta é cometida no território de um dos Estados membros, ou se é cometido por um nacional de um Estado membro⁴⁵. No entanto, a transnacionalidade dos crimes e atos cibernéticos dificulta a averiguação da autoria e do local de ocorrência da conduta do crime. Imagine-se um cenário em que o Tribunal possui jurisdição para analisar os crimes de guerra cometidos no território do Estado membro “X”, no entanto, esse território foi vítima de um ataque por um nacional do Estado “Y”, o qual não é membro do Estatuto, e um ataque cibernético foi praticado do território de “Y”, ou seja, a conduta foi praticada fora do território de “X”, teria o TPI competência para julgar o crime de guerra cometido pelo ciberespaço?

O Manual de Tallin oferece elucidacões quanto as questões de soberania dentro do ciberespaço. A regra 2 do manual estabelece que um estado pode exercer sua jurisdição sobre pessoas envolvidas em atividades cibernéticas no seu território, sobre estruturas localizadas em seu território, e em casos de extraterritorialidade⁴⁶. Assim, uma nação poderia exercer

⁴² *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*. (1977). Recuperado de: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.34_AP-I-EN.pdf

⁴³ Ambos, K. (2015). *International Criminal Responsibility in Cyberspace*. In N. Tsagourias & R. Buchan (ed.), *Research Handbook on Cyberspace and International Law*, Cheltenham: Elgar. pp. 118-143

⁴⁴ Ambos, K. (2015). *International Criminal Responsibility in Cyberspace*. In N. Tsagourias & R. Buchan (ed.), *Research Handbook on Cyberspace and International Law*, Cheltenham: Elgar. pp. 118-143

⁴⁵ *Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002*. (2002) Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, DF. Recuperado em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm

⁴⁶ Schmitt, M. (Ed.). (2017) *Tallinn manual 2.0 on the international law applicable to cyber operations*. Cambridge University Press.

jurisdição com base na presença física ou legal do sujeito ou objeto em sua soberania, ou seja, sobre atividades ou pessoas localizadas dentro do seu território⁴⁷.

Por outro lado, a jurisdição do TPI, por derivar do princípio da complementariedade, seria, então, dependente da própria jurisdição nacional do Estado Membro. Assim determinado que um Estado pode exercer a jurisdição sobre determinada ação, o TPI também poderia. É nesse cenário que surge a maior dificuldade para determinar a jurisdição da Corte, qual seja detectar a origem e os autores dos ataques cibernéticos, em face da interconectividade proporcionada pelo ciberespaço.

Importante destacar que a prática internacional demonstra que, quanto aos crimes cometidos pela internet, não existe um acordo universal em um denominador mínimo para o exercício da jurisdição de um Estado para além do conceito aceito de jurisdição territorial⁴⁸. Apesar de parecer uma questão controvertida, determinada a origem e autoria do ataque cibernético em questão descomplicaria a questão da jurisdição do TPI.

5. Conclusão

O Tribunal Penal Internacional visa julgar os crimes mais graves do cenário internacional. Esse artigo busca enfrentar as possibilidades de enquadramento dos ataques cibernéticos dentro dos crimes de guerra e as maiores dificuldades a serem enfrentadas para sua tipificação. Concluiu-se que, apesar de a Corte ainda não ter lidado com crimes de guerra dentro do ciberespaço, a sua tipificação é possível a partir da análise dos elementos materiais e mentais do artigo 8, bem como da jurisdição dentro do espaço cibernético.

Nesse sentido, para um ataque cibernético ser classificado como crime de guerra não basta que ele ocorra em um cenário de conflito armado, tendo o sujeito a intenção de utilizar do contexto caótico proporcionado por um combate. É preciso que seja um ataque conduzido por um sujeito que tenha conhecimento da existência de um conflito, e que, sem aquele cenário não seria possível conduzir o ato pretendido, de modo que tal ação seja direcionada a um dos objetos ou pessoas protegidas pela Convenção de Genebra de 1949, e pelo Direito Internacional Humanitário. No mais, outros fatores auxiliam na avaliação desses ataques, como, o princípio da proporcionalidade, que ajuda na análise dos efeitos colaterais do ataque, sobrepesados com os benefícios militares obtidos, como modo de avaliar a ocorrência do crime de guerra.

⁴⁷ McGhee, J. E. (2013). *Cyber redux: the schmitt analysis, Tallinn manual and us cyber policy*. Journal of Law & Cyber Warfare, 2(1), pp. 64-103.

⁴⁸ Vagis, M. (2016). *The Territorial Jurisdiction of the ICC for Core Crimes Committed Through the Internet*. Journal of Conflict and Security. Oxford University Press, 2016. pp. 523-540.

Por fim, os ataques cibernéticos, por sua natureza transnacional e pela fluidez do ciberespaço, apresentam dificuldades para a determinação da jurisdição da Corte. No entanto, por meio de análises do artigo 12 do Estatuto de Roma, da jurisdição territorial de uma nação e do princípio da complementariedade é possível averiguar a competência do TPI no cenário. Não tendo a Corte, ainda, lidado com crimes de natureza cibernética em cenário de conflito armado, resta indagar sobre a possibilidade de enquadramento desses crimes na tipificação do Estatuto e aguardar para observar como o TPI irá determinar em cenários futuros.

Referências

- AMBOS, K (org.). (2000). Os princípios gerais de direito penal no Estado de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 25-61.
- AMBOS, K. (2014). *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*. 1. ed. Oxford University Press.
- AMBOS, K. (2015). International Criminal Responsibility in Cyberspace. In N. Tsagourias & R. Buchan (ed.), *Research Handbook on Cyberspace and International Law*, Cheltenham: Elgar. pp. 118-143
- ARAI-TAKAHASHI, Y. (2015) Proportionality. *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. ed. Dinah Shelton. Oxford University Press.
- COTTIER, M. (2016). Part 2: Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law. Article 8: War Crimes. In O Triffterer and K Ambos (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. 3rd edn. C.H. Beck, Hart, Nomos. p. 315
- Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. (2002) Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, DF. Recuperado em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm
- DUFFY, H. (2015). International humanitarian law. In *The 'War on Terror' and the Framework of International Law*. (pp. 344-455). Cambridge: Cambridge University Press.
- ELEMENTS OF CRIME. (2013). International Criminal Court (ICC). Article 8, Introduction. Recuperado de: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>
- JENSEN, E. T. (2013). Cyber Attack: Proportionality and Precautions in Attack. *International Law Studies*. U.S. Naval War College. Vol. 89. p. 204
- JOINT CHIEFS OF STAFF, Joint Pub. (2016). Dept. of Defense Dictionary of Military and Associated Terms. p. 58. Recuperado em: < https://irp.fas.org/doddir/dod/jp1_02.pdf
- MARGUILES, P. (2013) Sovereignty and Cyber Attacks: Technology's Challenge to the Law of State and Responsibility. *Melbourne Journal of International Law*. Vol 14.
- MCGHEE, J. E. (2013). Cyber redux: the schmitt analysis, tallinn manual and us cyber policy. *Journal of Law & Cyber Warfare*, 2(1), pp. 64-103.
- O que é o direito internacional humanitário? (1998) Comitê da Cruz Vermelha. Recuperado em: <https://www.icrc.org/pt/doc/resources/documents/misc/5tndf7.htm>

PROSECUTOR VS. *NTAGANDA*. (2019). *Judgment. Trial Chamber IV*. International Criminal Court. ICC-01/04-02/06. 2019. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2019_03568.PDF

PROSECUTOR V. DRAGOLJUB K, RADOMIR Kc and ZORAN V (2002). Appeal Judgment. IT-96-23 & IT-96-23/1-A. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). Recuperado de: <https://www.refworld.org/cases,ICTY,3debaafe4.html>.

PROSECUTOR VS. *K and NGUDJOLO*. (2008). Pre Trial-Chamber IV. Decision on Confirmation of Charges. International Criminal Court of Justice (ICC). ICC-01/04-01/07. Para. 297. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2008_05172.PDF.

PROSECUTOR VS. *LUBANGA*. (2012). Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. Trial Chamber I. International Criminal Court (ICC). ICC-01/04-01/06. Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_03942.PDF

PROSECUTOR VS. *NTAGANDA*. (2019). Judgment. Trial Chamber VI. ICC-01/04-02/06-2359. International Criminal Court (ICC). Recuperado de: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2019_03568.PDF.

PROTOCOL ADDITIONAL TO THE GENEVA CONVENTIONS of 12 august 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I). (1977). Recuperado de: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.34_AP-I-EN.pdf

SCHMITT, M. (Ed.). (2017) Tallinn manual 2.0 on the international law applicable to cyber operations. Cambridge University Press.

VAGIS, M. (2016). The Territorial Jurisdiction of the ICC for Core Crimes Committed Through the Internet. *Journal of Conflict and Security*. Oxford University Press, 2016. pp. 523-540.

Proteção Interamericana dos Direitos da Criança: Desafios para a Superação da “Brecha Digital” em Vista de Uma Educação Tecnológica e Inclusiva

Interamerican Protection of Children’s Rights: Challenges for overcoming the “digital gap” in View of a Technological and Inclusive Education

André Luiz Batista Neves¹

João Glicério de Oliveira Filho²

João Paulo Lima dos Santos³

Sumário: 1. Proteção dos Direitos da Criança no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH); 2. Direito a uma educação tecnológica; 3. A “brecha digital”; 4. Obrigações dos Estados; Considerações Finais.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar os *standards* de proteção do direito das crianças à educação, no contexto do acelerado desenvolvimento tecnológico, paralelo à desigualdade de acesso às ferramentas digitais. Por conseguinte, trata-se de uma revisão documental, bibliográfica e jurisprudencial que se debruça sobre os posicionamentos dos órgãos do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos acerca da chamada “brecha digital” e do impacto ao exercício dos direitos dos menores. Diante disso, percebe-se que, a despeito da falta de acesso à tecnologia em condições de igualdade para todos, e conseqüentemente, a uma educação amplamente modernizada na realidade social latinoamericana, a crescente preocupação internacional sobre as vulnerabilidades digitais permite identificar quais são as obrigações dos Estados na superação desse problema.

Palavras-chave: Direitos das crianças; Direito à educação; Brecha digital; Sistema Interamericano.

Abstract: This paper aims to analyze the standards of protection of children’s right to education, in the context of accelerated technological development, parallel to the inequality of access to digital tools. Therefore, this is a documentary, bibliographical and jurisprudential review over the assessments of the bodies of the Inter-american System of Protection of Human Rights about the so-called “digital gap” and its impacts on the exercise of the minor’s rights. As a result, it is clear that, despite the lack of access to technology on equal terms for all, and consequently, to a widely modernized education in the latin-american social reality, the rising international concern over digital vulnerabilities allows to identify what are the obligations of States to overcome this problem.

Keywords: Children’s rights; Right to education; Digital gap; Inter-american system.

1. Proteção dos Direitos da Criança no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH)

Visando uma análise mais local do resguardo dos direitos dos menores, cumpre examinar posicionamentos dos órgãos interamericanos, em especial, neste tópico, da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que imprimiu novas significações sobre

¹ Professor Assistente de Ciência Política, Teoria da Constituição e Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Doutor em Direito e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. E-mail: andreneves@ufba.br

² Professor Associado de Direito Empresarial da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Doutor em Direito Público e Mestre em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia. E-mail: joao@joaoglicerio.com

³ Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. E-mail: j.paulo@ufba.br

a situação jurídica e de vulnerabilidade das crianças, inclusive por meio de movimentos dialógicos com outros sistemas, em movimento de “fertilização cruzada”⁴.

1.1 Conceito

Para a melhor compreensão de quem são os sujeitos dos direitos dos infantes, importa resgatar colocações da Corte IDH no sentido de definir o conceito de criança.

Na Opinião Consultiva n° 17 de 2002 (OC-17/02), se apontou que o artigo 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) não contém uma definição de “criança”, mas o artigo 1° da Convenção sobre os Direitos da Criança dispõe que se considera como criança todo ser humano que não tenha 18 anos de idade completos, salvo tenha alcançado antes a maioridade em virtude de lei⁵.

Esse diálogo com a referida convenção do sistema global de proteção dos direitos humanos é reforçado em decisões contenciosas. Aliás, a redação do parágrafo supracitado da OC-17/02 é inspirado em trecho de mesmo teor da sentença do caso dos “Meninos de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala, de 1999⁶. Posteriormente, julgados como *Bulacio vs. Argentina*⁷, *Furlan e familiares vs. Argentina*⁸, e *Mendoza e outros vs. Argentina*⁹ seguiram a mesma linha.

Diante disso, percebe-se que no nível global e regional, não há distinção entre criança e adolescente¹⁰, como ocorre com a opção legislativa adotada no Brasil no artigo 2° do Estatuto da Criança e do Adolescente, que considera criança quem possui até 12 anos de idade incompletos, e adolescente quem ostenta entre 12 e 18 anos de idade¹¹. No entanto,

⁴ Como conceituado por: RAMOS, A.C. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 106-107, p. 497-524, jan./dez. 2011/2012. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67955>. Acesso em: 12 fev. 2023. p. 514.

⁵ CORTE IDH. Opinião Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023. §38.

⁶ CORTE IDH. “Meninos de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala. Sentença de 19 de novembro de 1999. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf. Acesso em: 13 jun 2023. §188.

⁷ CORTE IDH. *Bulacio vs. Argentina*. Sentença de 18 de setembro de 2003. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023. §133.

⁸ CORTE IDH. *Furlan e familiares vs. Argentina*. Sentença de 31 de agosto de 2012. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/3aede153727d39a2169ea252db2c9349.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2023. §123.

⁹ CORTE IDH. *Mendoza e outros vs. Argentina*. Sentença de 14 de maio de 2013. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023. §140.

¹⁰ GOMES, M. V. M. L. *Coleção Defensoria Pública - Ponto a Ponto - Direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2016. *E-book*.

¹¹ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990. Art. 2°. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 13 jun. 2023.

não há discriminação em relação à titularidade de direitos e proteção integral dispensada aos menores.

A implementação da proteção integral alça as crianças à posição de sujeitos de direito, e não de meros espectadores dos deslindes dos estados sobre suas vidas¹². Sem embargo, tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento; são uma prioridade absoluta, frente à família, à sociedade e ao Estado; são sujeitos de direitos exigíveis com base na lei¹³.

O artigo 19 da CADH consagra a proteção dos Direitos da Criança, ao dispor que “Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.”¹⁴

A referida “condição de menor”, que exige medidas de proteção, relaciona-se com a especial situação de vulnerabilidade a que estão submetidas as crianças. Esta decorre do grau de desenvolvimento biopsíquico inferior ao dos adultos, que as conduz a um estado de dependência natural¹⁵.

O reconhecimento da condição de vulnerabilidade das crianças também é sedimentado na atuação contenciosa e consultiva da Corte IDH, que abordou a questão em sentenças e em opinião consultiva.

No caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana, a Corte consignou o estado de vulnerabilidade das menores em razão da sua situação de apatridia, por ter o Estado negado a sua nacionalização. Este é um importante precedente no que diz respeito à vulnerabilidade das crianças, apesar de que, neste caso, o reconhecimento dessa condição especial foi mais relacionada ao status de apátrida do que de criança¹⁶.

Também já foi apontada a vulnerabilidade das crianças em julgados sobre violações de direitos humanos cometidas contra comunidades indígenas, como em Sawhoyamaya vs.

¹² LIMA, R.O.; VIEIRA, R.S. A doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e a proteção socioambiental. *Medio Ambiente & Derecho*. Revista electrónica de derecho ambiental, Sevilla, nº 23, jul/2012, p. 1-11. Disponível em: <https://app.vlex.com/vid/doutrina-adolescente-socioambiental-459191782>. Acesso em: 13 jun. 2023. p. 2.

¹³ CAMPOS, M.S. Estatuto da Criança e do Adolescente: a Proteção Integral e suas implicações político-educacionais. Orientador: Ricardo Ribeiro. 2009. 115 f. Dissertação (Mestrado em Educação Escolar) – Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências e Letras, Araraquara, 2009. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/90260/campos_msvo_me_arafcl.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023. p. 23.

¹⁴ OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Art. 19.

¹⁵ CRUZ, E.C. A Vulnerabilidade de Crianças na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Análise de Casos e de Formas de Incorporação no Direito Brasileiro. *Cadernos Estratégicos: Análise Estratégica dos Julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, p. 68-85, 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39106.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2023. p. 70.

¹⁶ CORTE IDH. Crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana. Sentença de 8 de setembro de 2005. §166. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_por.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023.

Paraguai¹⁷ e Xákmok Kásek vs. Paraguai¹⁸. Ambos os casos se referem à propriedade ancestral das comunidades em questão, ressaltando-se a afetação mais grave infligida sobre os menores, que requerem uma proteção especial do Estado.

Em caso mais recente, de Angulo Losada vs. Bolívia, a Corte dispôs sobre a “dupla vulnerabilidade” da vítima que era criança e do sexo feminino. Ela sofrera estupro cometido por um primo, e nos procedimentos judiciais internos, fora exposta a diversas revitimizações e discriminações, e não contou com a devida diligência reforçada por parte do Estado¹⁹.

Além destas, outras sentenças abordaram a situação de vulnerabilidade em que se encontram as crianças, como por exemplo Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala e Chitay Nech e outros vs. Guatemala.

Ademais, a Corte Interamericana também já discorreu sobre a questão no exercício da sua competência consultiva, na OC-17/02. No documento, constatou que as crianças, em virtude de sua imaturidade e vulnerabilidade, muitas vezes são desprovidas dos meios adequados para a defesa dos seus direitos²⁰, e que necessitam de uma proteção que garanta o exercício desses direitos na família, na sociedade, e perante o Estado²¹.

1.2 Interseccionalidades

De modo a agravar a situação de insegurança imposta aos infantes, é possível que se projete sobre estes outros vetores de vulnerabilidade, que contribuem de maneira interseccional para uma maior exposição a riscos de discriminação e desproteção. Inobstante, ressalte-se que o conceito de interseccionalidade supera a noção de discriminação múltipla como uma simples acumulação de discriminações, para apontar o caráter único das experiências que surgem nos pontos de intersecção de distintos fatores de desvantagem²².

Essa confluência interseccional de suscetibilidades já foi descortinada na jurisprudência da Corte IDH em alguns casos. Inclusive, a qualificação de criança já foi apontada como um dos vetores de discriminação.

¹⁷ CORTE IDH. Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai. Sentença de 29 de março de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023. §159.

¹⁸ CORTE IDH. Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai. Sentença de 24 de agosto de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_por.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023. §256.

¹⁹ CORTE IDH. Angulo Losada vs. Bolívia. Sentença de 18 de novembro de 2022. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_475_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023. §95.

²⁰ CORTE IDH. Opinião Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023. §86.

²¹ *Ibid.* §93.

²² GIMÉNEZ, F.P... La igualdad sustantiva interamericana: Avances y debates pendientes. International Journal of Constitutional Law, Vol. 19, nº 4, p. 1241–1247, out. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/moab117>. Acesso em: 13 jun. 2023. p. 1245.

Em posicionamento paradigmático, no caso *Gonzalez Lluy e outros vs. Equador*, a Corte anotou que no caso da vítima, múltiplos fatores de vulnerabilidade e riscos de discriminação convergiram de forma interseccional, relacionados à sua condição de criança, mulher, pobre e portadora de HIV²³.

No precedente *V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua*, se adotou um enfoque interseccional que levou em conta a condição de criança e de mulher da vítima, para analisar as obrigações do Estado em investigações e processos penais em casos de violência sexual²⁴. Além deste, no julgado *Guzmán Albarracín e outras vs. Equador* também se considerou a qualidade de criança e mulher da vítima para analisar violações de direitos humanos contra vítimas de violência sexual²⁵.

Ademais, em sentença mais recente, sobre o caso dos *Buzos Miskitos (Lemoth Morris e outros) vs. Honduras*, foram reconhecidos como padrões de discriminação interseccional as condições de indígena, pobre, criança, deficiente e exposta a trabalho perigoso²⁶.

Diante disso, infere-se que já se encontra consolidada na jurisprudência deste Tribunal a caracterização da infância como vetor de discriminação, que pode se somar a outros vetores de modo interseccional para agravar ainda mais uma situação de vulnerabilidade. Para fins do presente estudo, que tratará do acesso a tecnologias digitais como meio de efetivação do direito à educação, outras condições como sexo, raça, pobreza, etc., ganham destaque como associadas da menoridade na perpetuação de desigualdades.

2. Direito a Uma Educação Tecnológica

Sendo certa a caracterização das crianças como sujeitos de direitos, além da prerrogativa de contar com medidas especiais de proteção, elas também titularizam os outros direitos consagrados na CADH. Isto porque o artigo 19 irradia seus efeitos sobre a interpretação de todos os outros direitos em relação a menores de idade²⁷.

²³ CORTE IDH. *Gonzales Lluy e outros vs. Equador*. Sentença de 1 de setembro de 2015. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023. §290.

²⁴ CORTE IDH. *V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua*. Sentença de 8 de março de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023. §154.

²⁵ CORTE IDH. *Guzmán Albarracín e outras vs. Equador*. Sentença de 24 de junho de 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023. §142.

²⁶ CORTE IDH. *Buzos Miskitos (Lemoth Morris e outros) vs. Honduras*. Sentença de 31 de agosto de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_432_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023. §107.

²⁷ Neste sentido se expressou a Corte IDH na Opinião Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf. Acesso em: 14 jun. 2023. §66, e no precedente *Ramírez Escobar e outros vs. Guatemala*. Sentença de 9 de março de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023. §150.

Sem dúvidas, o direito à educação ganha destaque como um dos mais importantes para o desenvolvimento progressivo dos infantes, que favorece a possibilidade de gozar de uma vida digna e contribui para evitar situações desfavoráveis para o menor e para a própria sociedade²⁸.

Essa garantia enquadra-se entre os direitos econômicos, sociais e culturais, que por sua vez encontram guarida no Artigo 26 da Convenção Americana, que faz expressa menção a direitos constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), que devem ser efetivados progressivamente pelos Estados²⁹. Entre eles, os que decorrem das normas sobre a educação, que se encontram no artigo 30 da mencionada carta, concernente ao desenvolvimento integral dos povos, inclusive no campo educacional³⁰.

De modo mais específico, o artigo 13 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”, veio a estabelecer diretrizes mais detalhadas sobre o direito à educação, incluindo o seu caráter universal (artigo 13.1) e a necessidade de capacitar todas as pessoas para participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista³¹.

Posto isso, não se pode ignorar o fato de que, hodiernamente, a efetivação desse direito está intrinsecamente ligada ao acesso à internet e às tecnologias digitais, de modo que o direito à educação abrange um direito à educação tecnológica.

Nesse contexto, alguns informes da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) ganham relevo, por tratar da relação entre as novas tecnologias e a efetivação e exercício dos direitos humanos.

²⁸ CORTE IDH. Opinião Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023. §84.

²⁹ OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Art. 26: “Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.”

³⁰ OEA. Carta da Organização dos Estados Americanos, 1948, Art. 30: “Os Estados membros, inspirados nos princípios de solidariedade e cooperação interamericanas, comprometem-se a unir seus esforços no sentido de que impere a justiça social internacional em suas relações e de que seus povos alcancem um desenvolvimento integral, condições indispensáveis para a paz e a segurança. O desenvolvimento integral abrange os campos econômico, social, educacional, cultural, científico e tecnológico, nos quais devem ser atingidas as metas que cada país definir para alcançá-lo.”

³¹ OEA. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”, 1988, Art. 13: “Direito à educação 1. Toda pessoa tem direito à educação. 2. Os Estados Partes neste Protocolo convêm em que a educação deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Convêm, também, em que a educação deve capacitar todas as pessoas para participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista, conseguir uma subsistência digna, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades em prol da manutenção da paz.”

Especificamente, os informes “Libertad de Expresión e Internet”, de 2013, “Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente”, de 2017, e “Niñez, libertad de expresión y medios de comunicación”, de 2019, interessam à análise do posicionamento do sistema interamericano face às transformações ocorridas nos últimos anos.

Nessa linha, se reconhece que a expansão da rede a nível mundial faz dela um instrumento indispensável para o exercício dos direitos humanos³², e que a internet serve de plataforma para a realização destes, como o direito à educação³³.

Além disso, acerca da alfabetização digital, inspirando-se na Resolução 66/184 da Assembleia Geral das Nações Unidas, se aponta para o fato de que os benefícios dos meios tecnológicos no exercício dos direitos humanos podem se materializar na medida em que as pessoas têm acesso à internet. E este não se contenta apenas com uma ligação à mesma, é necessário que pessoas tenham qualidade, informação e conhecimento técnico necessário para poder usar esta ferramenta e tirar o máximo proveito dela³⁴.

Por isso, os Estados devem adotar e implementar leis e políticas que integrem o acesso das crianças aos meios digitais e às tecnologias da informação³⁵, levando em conta o papel central que exercem na promoção de todos os direitos dos menores, em especial a educação³⁶.

A despeito da escassa jurisprudência da Corte IDH em relação à educação tecnológica, no caso Gonzalez Lluy e outros vs. Equador, se fixou importante entendimento, transplantado do sistema onusiano na figura do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no sentido de que a educação deve ser acessível tecnologicamente.

Em resumo, pontuou-se que para garantir o direito à educação, deve-se zelar por que, em todos os níveis educacionais, esteja presente, entre outras características essenciais, a acessibilidade, nas dimensões da: i) não discriminação: a educação deve ser acessível a todos, especialmente aos grupos mais vulneráveis de fato e de direito; ii) acessibilidade material: a educação deve ser acessível materialmente, seja por sua localização geográfica de acesso

³² OEA. CIDH. RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente, mar. 2017. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/internet_2016_esp.pdf. Acesso em: 14 jun. 2023. §2.

³³ OEA. CIDH. RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. Libertad de Expresión e Internet, dez. 2013. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf. Acesso em: 14 jun. 2023. §36.

³⁴ OEA. CIDH. RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente, mar. 2017. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/internet_2016_esp.pdf. Acesso em: 14 jun. 2023. §41.

³⁵ OEA. CIDH. RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. Niñez, libertad de expresión y medios de comunicación, fev. 2019. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/lxmedios_spa.pdf. Acesso em: 14 jun. 2023. §81.

³⁶ *Ibid.* §225.

razoável ou por meio da tecnologia moderna; iii) acessibilidade econômica: a educação deve estar ao alcance financeiro de todos³⁷.

A partir deste precedente que desenvolve o assunto de modo ainda primitivo, pode-se supor que foi dado o primeiro passo na jurisprudência do Tribunal para o reconhecimento progressivo da incorporação de novas tecnologias no processo educacional, estando a discussão mais avançada nos informes da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão.

3. A “Brecha Digital”

O acesso à internet constitui condição *sine qua non* para o exercício efetivo dos direitos humanos na atualidade, incluindo especialmente o direito à educação. Por isso, a possibilidade de uso das tecnologias deve ser garantido universalmente, adotando-se medidas para encerrar a brecha digital³⁸.

O conceito de brecha digital utilizado pela CIDH em seus documentos dialoga com o definido no Informe do Relator Especial das Nações Unidas sobre a promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e de expressão, Frank La Rue. O referido documento explica que “A expressão “brecha digital” refere-se à separação entre aqueles que tenham acesso efetivo às tecnologias digitais e de informação, em particular para Internet e aqueles com acesso muito limitado ou inexistente.”³⁹

A digitalização é um processo que transcorre há décadas, mas a pandemia do COVID-19 acelerou esse processo em alguns segmentos, o que naturalmente afetou as crianças e a proteção dos seus direitos. Por conseguinte, a indisponibilidade de tecnologias modernas para a satisfação de certos direitos das crianças leva ao fenômeno das “crianças digitalmente negligenciadas”, que são impedidas de exercer os seus direitos modernos⁴⁰.

Uma criança digitalmente negligenciada é uma criança a quem é negado o acesso às modernas tecnologias digitais, tanto em termos materiais como formais. A negligência digital no sentido material significa o fracasso do Estado em fornecer a infraestrutura necessária

³⁷ CORTE IDH. Gonzales Lluy e outros vs. Equador. Sentença de 1 de setembro de 2015. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023. §234.

³⁸ OEA. CIDH. RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente, mar. 2017. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/internet_2016_esp.pdf. Acesso em: 14 jun. 2023. §32.

³⁹ NAÇÕES UNIDAS. ASSEMBLEIA GERAL. Informe do Relator Especial sobre a promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e de expressão, Frank La Rue. A/HRC/17/27. 16 maio. 2011. Disponível em: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=85. Acesso em: 14/06/2023. §61.

⁴⁰ GUSTIN, Matko. Challenges of Protecting Children’s Rights in the Digital Environment. EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (Eclic), Osijek, vol. 6, p. 453-486, jun. 2022. Disponível em: <https://hrcak.srce.hr/ojs/index.php/eclic/article/view/22439>. Acesso em: 14 jun. 2023. p. 454.

para o funcionamento normal no ambiente digital. Para além do Estado, a responsabilidade pelo descaso digital da criança é, em alguns casos, dos pais, aos quais cabe o dever de dotar a criança de todas as condições necessárias ao seu desenvolvimento (às quais é necessário juntar as suas capacidades financeiras). Por outro lado, o descaso digital no sentido formal significaria o cumprimento de pré-condições materiais, mas sem conteúdo significativo que acompanhasse as reais necessidades das crianças⁴¹.

Nesse sentido, a falta de acesso à internet e às tecnologias digitais aumenta a vulnerabilidade e aprofunda a desigualdade, perpetuando a exclusão. A brecha digital que persiste no continente americano é resultado de múltiplos problemas estruturais, que incluem pobreza e “fatores de exclusão” como raça, sexo, deficiência, falta de habilidades digitais, conteúdo digital relevante insuficiente disponível para a população local e acessibilidade, entre outros⁴².

Diante disso, as crianças, sendo categoria vulnerável, são ainda mais afetadas pela brecha digital, somando-se à sua pouca idade, outros fatores de discriminação como os listados acima, de modo a convergir interseccionalmente na sua condição de desamparo.

No contexto de uma região extremamente desigual, as brechas sociais na educação podem ser reforçadas pela irrupção das novas tecnologias, afetando ainda mais grupos em situação de vulnerabilidade. Isto porque quem não está conectado será cada vez mais excluído, perpetuando assim a divisão digital e a exclusão intergeracional⁴³.

4. Obrigações dos Estados

A fim de eliminar ou minorar a brecha digital, e viabilizar uma educação que lance mão de meios tecnológicos a todas as crianças, são imputadas aos Estados obrigações nesse sentido.

Na Opinião Consultiva OC-17/02, a Corte IDH, perfilando-se a posicionamentos de órgãos dos sistemas global e regional europeu de direitos humanos, anotou que os direitos das crianças não demandam apenas uma abstenção de interferência, mas também a adoção de providências positivas dos Estados. Também destacou que isso requer a adoção de medidas de caráter educacional.⁴⁴

⁴¹ *Ibid*, p. 463/464.

⁴² OEA - SECRETARIA-GERAL e INSTITUTO INTERAMERICANO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (IIN). Diretrizes para o empoderamento e proteção dos direitos das crianças e adolescentes na Internet na América Central e na República Dominicana, jan. 2018. Disponível em: <https://www.oas.org/es/sadye/publicaciones/InfRegional-ESP008-WEB.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2023. p. 41.

⁴³ *Ibid*, p. 50.

⁴⁴ CORTE IDH. Opinião Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023. §88.

Assim, os Estados devem adotar postura ativa na garantia do direito à educação, que é um importante instrumento de acesso a oportunidades e redução das desigualdades. Aliás, essa proteção necessariamente envolve o oferecimento de condições de acesso às tecnologias, já que a digitalização da sociedade é irreversível e o primeiro passo é a erradicação das brechas e desigualdades no acesso universal das crianças às redes digitais⁴⁵.

Por conseguinte, os Estados estão adstritos a adotar e implementar efetivamente leis e políticas que integrem o acesso das crianças às mídias digitais e tecnologias de informação e comunicação, juntamente com a proteção total de seus direitos de acordo com o quadro jurídico internacional⁴⁶.

Não obstante, essas medidas para promover o acesso universal à Internet devem ser entendidas não apenas como viabilização do acesso à infraestrutura, mas também à tecnologia necessária para sua utilização e à maior quantidade possível de informações disponíveis na rede. Ademais, é necessário remover barreiras arbitrárias ao acesso à infraestrutura, tecnologia e informação online; e tomar medidas para diferenciação positiva de modo a permitir o gozo efetivo deste direito às pessoas ou comunidades que o requerem devido às suas circunstâncias de marginalização ou discriminação⁴⁷.

Nessa linha, a Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e Internet de 2011, firmada entre representantes dos sistemas global e regionais de proteção dos direitos humanos, enfatizou que os Estados devem adotar regras que busquem garantir que as estruturas de preços sejam inclusivas, de modo a não dificultar o acesso; que a conectividade seja estendida a todo o território, para promover efetivamente o acesso dos usuários rurais e comunidades marginais; que as comunidades tenham acesso a centros comunitários de tecnologia de informação e comunicação e outras opções de acesso público; e que os esforços de treinamento e educação sejam reforçados, especialmente nos setores rurais pobres⁴⁸.

⁴⁵ OEA. CIDH. RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. Niñez, libertad de expresión y medios de comunicación, fev. 2019. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/lexmedios_spa.pdf. Acesso em: 14 jun. 2023. §84.

⁴⁶ Ibid, §81.

⁴⁷ OEA. CIDH. Relatoria Especial para la Libertad de Expresión. Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente, mar. 2017. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/internet_2016_esp.pdf. Acesso em: 14 jun. 2023. §35.

⁴⁸ RELATOR ESPECIAL DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE DE OPINIÃO E EXPRESSÃO, REPRESENTANTE PARA A LIBERDADE DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO PARA A SEGURANÇA E COOPERAÇÃO NA EUROPA (OSCE), RELATOR ESPECIAL PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (OEA) E RELATORA ESPECIAL SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E ACESSO À INFORMAÇÃO DA COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS (ACHPR). Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e Internet. 1 jun. 2011. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2>. Acesso em: 14/06/2023. Art. 6.e.

Dessa maneira, é evidente a inclinação comum dos sistemas internacionais à efetivação dos direitos humanos e redução das desigualdades de modo a considerar as situações de vulnerabilidade. Mais que isso, os Estados são compelidos a sanar essas vulnerabilidades sob uma perspectiva interseccional, que leva em conta os múltiplos vetores de obstaculização ao exercício de direitos.

Considerações Finais

Diante do exposto, conclui-se que o direito da criança à educação no contexto de desigualdade de acesso às novas tecnologias no continente americano não tem sido ignorado pelos órgãos do SIDH. Em especial, a CIDH dispensou especial atenção ao tema em relatórios que investigaram a acessibilidade e o papel dos Estados na garantia do acesso à internet, inclusive por parte das crianças enquanto categoria vulnerável.

O direito à educação, nos tempos atuais, e acentuadamente após o deflagrar da pandemia do COVID-19, necessariamente abrange um direito à educação digital, que inclui a disposição de ferramentas tecnológicas e da internet para a realização de atividades ínsitas ao âmbito educacional. Para tanto, é necessário que seja observado o princípio da universalidade de acesso, afinal, a disparidade de oportunidades de uso dos novos instrumentos de aprendizado termina por agravar desigualdades e amplificar a exclusão digital, social e econômica.

A despeito de uma aparente insuficiência da acessibilidade a tecnologias que hoje já parecem básicas após o florescer das inteligências artificiais, o contexto de desigualdade social e econômica que impera no continente americano ainda permite que falte para muitas pessoas o acesso a dispositivos eletrônicos, à internet, à alfabetização digital, etc.

Essa brecha digital atinge de maneira gravosa as crianças, categoria reconhecidamente vulnerável, que necessita de medidas especiais de proteção. E a questão se torna mais problemática quando, além da pouca idade, os menores ainda enfrentam outros fatores de discriminação, em razão de sexo, etnia, condições econômicas, local de residência, etc. Essa acumulação de inseguranças exige a tomada de atitudes dos Estados, sob um ponto de vista interseccional, para suplantando essas lacunas com políticas públicas de inclusão.

Referências

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990.

CAMPOS, Mariza Salomão. Estatuto da Criança e do Adolescente: a Proteção Integral e suas implicações político-educacionais. Orientador: Ricardo Ribeiro. 2009. 115 f. Dissertação

(Mestrado em Educação Escolar) – Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências e Letras, Araraquara, 2009. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/90260/campos_msvo_me_arafcl.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023.

CORTE IDH. Angulo Losada vs. Bolívia. Sentença de 18 de novembro de 2022. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docscasos/articulos/seriec_475_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023.

CORTE IDH. Bulacio vs. Argentina. Sentença de 18 de setembro de 2003. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023.

CORTE IDH. Buzos Miskitos (Lemoth Morris e outros) vs. Honduras. Sentença de 31 de agosto de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_432_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023.

CORTE IDH. Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai. Sentença de 29 de março de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023.

CORTE IDH. Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai. Sentença de 24 de agosto de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_por.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023.

CORTE IDH. Crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana. Sentença de 8 de setembro de 2005. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_por.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023.

CORTE IDH. Furlan e familiares vs. Argentina. Sentença de 31 de agosto de 2012. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/3aede153727d39a2169ea252db2c9349.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2023.

CORTE IDH. Gonzales Lluy e outros vs. Equador. Sentença de 1 de setembro de 2015. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023.

CORTE IDH. Guzmán Albarracine e outras vs. Equador. Sentença de 24 de junho de 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023.

CORTE IDH. Mendoza e outros vs. Argentina. Sentença de 14 de maio de 2013. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023.

CORTE IDH. “Meninos de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala. Sentença de 19 de novembro de 1999. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023.

CORTE IDH. Opinião Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023.

CORTE IDH. Opinião Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf. Acesso em: 14 jun. 2023.

CORTE IDH. Ramírez Escobar e outros vs. Guatemala. Sentença de 9 de março de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023.

CORTE IDH. V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua. Sentença de 8 de março de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023.

CRUZ, Elisa Costa. A Vulnerabilidade de Crianças na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Análise de Casos e de Formas de Incorporação no Direito Brasileiro. Cadernos Estratégicos: Análise Estratégica dos Julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Rio de Janeiro, p. 68-85, 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39106.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2023.

GIMÉNEZ, Francisca Pou. La igualdad sustantiva interamericana: Avances y debates pendientes. International Journal of Constitutional Law, Vol. 19, nº 4, p. 1241–1247, out. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/moab117>. Acesso em: 13 jun. 2023.

GOMES, M. V. M. L. Coleção Defensoria Pública - Ponto a Ponto - Direitos da criança e do adolescente. São Paulo: Saraiva, 2016. *E-book*.

GUSTIN, Matko. Challenges of Protecting Children’s Rights in the Digital Environment. EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (Eclic), Osijek, vol. 6, p. 453-486, jun. 2022, p. 454. Disponível em: <https://hrcaj.srce.hr/ojs/index.php/eclic/article/view/22439>. Acesso em: 14 jun. 2023.

LIMA, Roberta Oliveira; VIEIRA, Ricardo Stanzola A doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e a proteção socioambiental. Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental, Sevilla, nº 23, jul/2012, p. 1-11. Disponível em: <https://app.vlex.com/vid/doutrina-adolescente-socioambiental-459191782>. Acesso em: 13 jun. 2023.

NAÇÕES UNIDAS. ASSEMBLEIA GERAL. Informe do Relator Especial sobre a promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e de expressão, Frank La Rue. A/HRC/17/27. 16 maio. 2011. Disponível em: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=85. Acesso em: 14/06/2023.

OEA. Carta da Organização dos Estados Americanos, 1948.

OEA. CIDH. RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente, mar. 2017. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/internet_2016_esp.pdf. Acesso em: 14 jun. 2023.

OEA. CIDH. RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. Libertad de Expresión e Internet, dez. 2013. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf. Acesso em: 14 jun. 2023.

OEA. CIDH. RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. Niñez, libertad de expresión y medios de comunicación, fev. 2019. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/lexmedios_spa.pdf. Acesso em: 14 jun. 2023.

OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

OEA. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”, 1988.

OEA - SECRETARIA-GERAL e INSTITUTO INTERAMERICANO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (IIN). Diretrizes para o empoderamento e proteção dos direitos das crianças e adolescentes na Internet na América Central e na República Dominicana, jan. 2018.

Disponível em: <https://www.oas.org/es/sadye/publicaciones/InfRegional-ESP008-WEB.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2023.

RAMOS, Andre de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 106-107, p. 497-524, jan. /dez. 2011/2012. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67955>. Acesso em: 12 fev. 2023.

RELATOR ESPECIAL DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) PARA A PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE DE OPINIÃO E EXPRESSÃO, REPRESENTANTE PARA A LIBERDADE DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO PARA A SEGURANÇA E COOPERAÇÃO NA EUROPA (OSCE), RELATOR ESPECIAL PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (OEA) E RELATORA ESPECIAL SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E ACESSO À INFORMAÇÃO DA COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS (ACHPR). Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e Internet. 1 jun. 2011. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&lID=2>. Acesso em: 14/06/2023.

O Controle Jurisdicional do Tribunal de Justiça do Estado Pará Quanto a Concretização dos Direitos Fundamentais da Saúde

*The jurisdictional control of the state court of justices will stop as to the implementation of fundamental
health rights*

Ariane Brito Cal Athias¹

Ezequias Mendes Maciel²

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito Fundamental a Saúde. 3. O Controle Judicial das Políticas Públicas. 3.1 Os Limites de Contenção do Judiciário na Intervenção para Implementação do Direito Fundamental a Saúde. 3.1.1 A Efetivação do Mínimo Existencial e a Aplicação da Reserva do Possível com Ponderação como Limites de Contenção. 3.1.2 A Análise da Discricionariedade face ao Princípio da Proporcionalidade como Limite de Contenção. 4. A Atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. 5. Considerações Finais. Referências Bibliográficas

Resumo: O presente trabalho teve como escopo analisar a atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Pará quanto a concretização do direito fundamental da saúde com ênfase a problemática da obediência aos limites de contenção asseverados como parâmetros para intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas.

Palavras-Chaves: saúde; controle jurisdicional; limites.

Abstract: The scope of this work was to analyze the performance of the Court of Justice of the State of Pará regarding the implementation of the fundamental right to health, with emphasis on the problem of obedience to the limits of self-restraint asserted as parameters for intervention by the Judiciary in public policies.

Key-words: health; jurisdictional control; Limits.

1. Introdução

O Estado do Bem-Estar Social, com o abandono do modelo do Estado Liberal, enquanto garantidor da efetivação de Direitos Fundamentais, mormente quanto a saúde pública, devido precariedade, tem sido responsável por demandas judiciais que demonstram a ausência de infraestrutura e por vezes as dificuldades que a população em geral tem de

¹ Pós-doutora em Direito pela Universidade de Salamanca – USAL. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direitos pela Universidade da Amazônia – UNAMA. Graduada em Direito pela Universidade da Amazônia – UNAMA. Professora Associada I do Programa de Pós-graduação em Direito e Desenvolvimento da Amazônia – PPGDDA da Universidade Federal do Pará – UFPA. Professora do Programa de Pós-graduação em Direitos Fundamentais – PPGDF da Universidade da Amazônia – UNAMA.

² Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia – UNAMA. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC e Direito Público e Direito Tributário pela Faculdade Damásio Educacional – DAMÁSIO. Graduado em Direito pela Centro Universitário Unirg, na Cidade de Gurupi-TO.

acessar os meios básicos de saúde. Posto tal temática constitucional, a garantia do mínimo existencial envereda para as discussões quanto ao que tem se construído em termos de decisões judiciais relativas as políticas públicas voltadas para a saúde.

Desse solo fértil, destaca-se aqui a atuação conjunta entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, pois não basta apenas que o teor técnico da lei seja aplicado, mas que a legislação ampare a população em seus aspectos mais vulneráveis, e que a estrutura dos direitos fundamentais englobe desde a educação, moradia, emprego, saúde, entre outros direitos que acabam sendo pormenorizados ante tantos problemas.

Nesse sentido, ressalta-se como pedra fundamental da presente pesquisa a concretização do mínimo existencial referente à saúde pelo Tribunal do Estado do Pará, fruto da judicialização demandas referentes à realidade de inacessibilidade as essas Polícias Públicas, fazendo uma análise sobre alguns limites de contenção que o Poder Judiciário deve enfrentar.

A principal indagação a ser discutida na presente investigação visa demonstrar “quais os limites - ditos como parâmetros, para a intervenção judicial na concretização de políticas públicas voltadas para a saúde no Estado?”

Em decorrência das inúmeras judicializações de ações relacionadas a saúde no Estado do Pará, cabe investigar de maneira mais detalhada a atuação do Tribunal do Justiça do Estado do Pará e os parâmetros utilizados para atender tais demandas, levando em consideração a avaliação sobre o atendimento ao mínimo existencial com olhar a aplicação, com ponderação da reserva do possível, bem como sobre o respeito as escolha do gestor face ao exercício da discricionariedade com base na proporcionalidade/razoabilidade.

Por conseguinte, o presente artigo tem como escopo discutir os parâmetros de intervenção do Poder Judiciário frente às demandas relacionadas à saúde, analisar a jurisprudência relacionadas à saúde do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, quanto à fundamentação, avaliando os impactos das decisões judiciais na coletividade.

Ante o exposto, o artigo que se apresenta será descritivo-explicativo, na ótica dos objetivos, abordando as especialidades sobre do tema escolhido por meio de um levantamento bibliográfico. Assim a pesquisa caracterizada como teórica, mediante análise doutrinária permitirá moldar ideias sobre a temática que busca a pesquisa realizada.

Deve-se rememorar que conforme o escopo que se busca através do presente trabalho acadêmico, não se pretende esgotar as dúvidas, isso face a complexidade do tema, todavia objetiva pelo menos provocar a discussão sobre tema aqui pesquisado, afastando a

inércia acadêmica que assola os adormecidos, levando questionamentos daquilo que consolidou correto há tempos.

2. Direito Fundamental a Saúde

A transição entre o Estado Liberal e o Estado Social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social. Nessa quadra da história, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um *dare, facere, praestare*, por intermédio de uma atuação positiva.

Nesse sentido, tanto o direito fundamental a saúde, quanto os demais direitos sociais, foram consagrados em diversos dispositivos constitucionais. Entre eles, os direitos sociais, capazes de abranger a infraestrutura garantidora do mínimo existencial que estão positivados no Art. 6º.

A saúde enquanto Direito Social previsto no supracitado artigo, também é tratado pela CF/88 no artigo 196.

Em diversos dispositivos constitucionais, além de leis infraconstitucionais é possível identificar que é dado ao Estado do Bem Estar Social Constitucional a total responsabilidade para garantir que a população tenha o acesso devido a saúde como garantia para o mínimo existencial.

Conforme entendimento majoritário da doutrina, o direito à saúde tem natureza jurídica de norma programática, porém possui máxima efetividade de concretização por parte do Judiciário quando há inércia da administração pública (SARLET, 2004).

As normas programáticas são aquelas que possuem objetivos e finalidades a serem atingidas pelo Poder Público, principalmente aquelas relativas ao campo social. Sua intervenção se dá principalmente através da parceria entre o Poder Legislativo, ao criar leis infraconstitucionais que irão regulamentar concretização do acesso à saúde pública, e a partir da criação das políticas públicas é que o Poder Judiciário poderá ser acionado em caso de inércia ou descumprimento (SARLET, 2004).

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal possui o seguinte entendimento quanto á natureza jurídica do acesso à saúde:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode

converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (STF, 175/1212-1213, Rel.Min. Celso de Mello)

Conforme se depreende do enunciado, o Estado, nesse novo modelo de estado social – alguns autores já falam em estado pós-social, através dos poderes instituídos assume o papel de mantenedor e cumpridor desse ideal relacionado à saúde pública, tornando assim os cidadãos expectadores desse serviço, principalmente a população mais fragilizada dependente do poder público para serem assistidos. Ainda sob a égide do STF, compreende-se que:

Se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável (...)afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á (...) a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (STF, 175/1212-1213, Rel.Min. Celso de Mello)

Assim, cabe ao Poder Judiciário até mesmo intervir quando o legislador for omissivo na produção de normas complementares quanto à prestação de serviços essenciais, se mostrando ineficiente e reforçando a necessidade cumprir sua função garantir o melhor interesse da população (CUNHA JUNIOR, 2004). Desafiando assim o uso de instrumentos como as ações constitucionais do mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

3. O Controle Judicial das Políticas Públicas

Prima facie veja que Montesquieu em 1847, em sua obra “Espírito das Leis, criou a Teoria da Separação dos Poderes para condicionara a liberdade entre as funções judicial, legislativa e executiva, afirmando que a reunião de poderes permite o surgimento de leis ditadoras sem o lastro democrático - alguns autores sustentam que a Teoria teria surgido em momento pretérito.³

No entanto, cabe ressaltar que para Dalmo Dallari⁴, a teoria foi consagrada em um marco histórico. Que era o liberalismo, e por seu papel buscava o enfraquecimento do Estado, de forma restringir sua atuação na esfera da liberdade individual. Isso se deu na

³ MONTESQUIEU. Do espírito das leis. Livro XI, Cap. V. 4

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

primeira geração de direitos fundamentais, ou seja, das liberdades ditas negativas, em que o Estado devia apenas se conter para que garantir a liberdade do cidadão. Porém esse cenário mudar com o surgimento do Estado Social que impõe um Estado macro promover de políticas públicas.

A Constituição de 1988 fixou os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil em seu art.3º.

E, para atingir esses objetivos fundamentais (aos quais se acresce o princípio da prevalência dos direitos humanos: art. 4º, II, da CF), o Estado deve se organizar para prestar as Políticas Públicas conforme a nova dimensão imposta pelo Estado Social Direito Democrático Constitucional.

E nesse contexto Oswaldo Canela Junior⁵ defende o controle jurisdicional da políticas públicas por entender que o Poder do Estado é uno:

“E assim a teoria da separação dos poderes (art.2º da CF brasileira) muda de feição, passando a ser interpretada da seguinte maneira: o Estado é uno e uno é seu poder. Exerce ele seu poder por meio de formas de expressão (ou Poderes). Para racionalização da atividade estatal, cada forma de expressão do poder estatal exerce atividade específica, destacada pela Constituição. No exercício de tais funções é vedada às formas de expressão do poder estatal interferência recíproca: é este o sentido da independência dos poderes”.

Assim deve os Poderes serem independentes e harmônicos para a consecução dos objetivos fundamentais albergadas pelo Estado do Bem-Estar Social de Direito Democrático Constitucional. E nessa senda cabe ao Poder Judiciário o controle da constitucionalidade dos atos dos demais Poderes.

Oswaldo Canela Junior ainda assevera, “*cabe ao Poder Judiciário investigar o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição (art. 3º da CF brasileira)*” – destacamos.

No entanto, faz se mister estabelecer limites de contenção para a atuação do Poder Judicial no controle das Políticas Públicas, isso promoverá uma convivência independente, porém harmônica entre os poderes do Estado, sem, no entanto, o Judiciário incorrer ou permitir condutas inconstitucionais permeadas pelos demais Poderes face ao não cumprimento dos preceitos fundamentais alocados na constituição.

3.1 Os Limites de Contenção do Judiciário na Intervenção Para Implementação das Políticas Públicas de Saúde

⁵Esta ideia, assim como as que se seguem, são extraídas do brilhante trabalho apresentado à USP, para qualificação de doutorado, por Oswaldo Canela Junior, A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição (orientador Kazuo Watanabe), inédito, p. 17-19.

Como dito alhures em um Estado Democrático de Direito deve primar pelo Princípio dos Poderes Independente e Harmônicos, que por sua dimensão é o responsável pela Teoria do Freio e Contrapesos que delimita a atuação de cada Poder no universo estatal na efetivação dos direitos fundamentais, impedindo assim os excessos e omissões.

Nesse contexto, para aguçá-lo ainda mais a discussão, deve-se rememorar que ao cidadão é dado o direito a judicialização das políticas públicas para a concretização de seus direitos fundamentais insertos na constituição, isso face a norma do inciso XXXV do art.5º da CF/88.

Nesse cenário faz-se imprescindível o estudo de alguns limites de atuação do Poder Judiciário como forma de equilíbrio entre os Poderes em um Estado Democrático de Direito.

Os limites aqui versados surgem quando se discute a autocontenção do juiz no enfrentamento de temas sensíveis (judicial self-restraint), que tocam, ao mesmo tempo, o Direito e a Política.

Assim definiu BARROSO (2008):

“O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito. *A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.*”

Podemos acentuar, de forma genérica, que dentre esses limites de autocontenção haveria a reserva do possível e mínimo existencial com uma dose de ponderação, bem como respeito a discricionariedade do Gestor na escola de políticas públicas com balizas no Princípio da Proporcionalidade.

A Reserva do possível diz respeito à indispensabilidade de verificação da disponibilidade orçamentária do Estado para implementação de determinada política pública.

Já a garantia do mínimo existencial se refere à preservação de condições básicas para a existência humana com dignidade.

A discricionariedade assiste ao Gestor um espaço de escolha nos parâmetros legais albergados pelo legislador, o que deve se dar com base no Princípio da Razoabilidade (ou proporcionalidade) – recomenda-se que as ações estatais se conforme com justo equilíbrio entre os meios e os fins a almejados.

Tais limites foram debatidos na ADPF n. 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 29.04.2004⁶.

3.1.1 A Efetivação do Mínimo Existencial e a Aplicação da Reserva do Possível Com Ponderação Como Limites de Contenção

O instituto da Reserva do Possível adveio para direito brasileiro em inspiração no Tribunal alemão para sua implementação, que tem servido como argumento a restringir a efetivação de políticas públicas quando há limitações de recursos públicos disponíveis por parte do Estado. (WEBBER, 2013).

Quanto a garantia do mínimo existencial visa a efetivação material do mínimo para existência com dignidade da pessoa humana. Talvez o fato mais inquietante é que tal premissa não está expresso em redação constitucional de forma literal, mas encontra seu substrato em Tratados Internacionais, dos quais o Brasil é signatário, tais como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção Americana de Direitos Humanos, e no princípio da dignidade da pessoa humana expresso como um dos fundamentos da CF/88 (COELHO, 1997).

A reserva do possível aqui trabalhada como limite de contenção não se deleita sobre a suscitação de qualquer discussão isolada sobre a implementação de políticas públicas, no âmbito da saúde, para o cumprimento restrito do mínimo existencial, que por sua natureza possui entendimento pacífico entre os julgadores e doutrinadores pela não necessidade de observância da política orçamentária do Ente, mas dando ênfase a ponderação na resolução de colisão entre ambos os parâmetros aqui asseverados no âmbito da discussão do caso concreto.

Sarlet (2003, p. 9-10) nos ensina sobre os limites aos direitos fundamentais. De acordo com o autor, há 3 tipos de limitações aos direitos fundamentais, sendo que o último tipo prevê limites implicitamente autorizados (ou limites implícitos) que não estão previstos explicitamente na constituição, mas advêm do sistema constitucional, mormente quando há colisões entre direitos fundamentais.

Pois bem, havendo colisão entre a garantia do Mínimo Existência e a política orçamentária do Ente Público – Reserva do Possível, na efetivação do Direito Fundamental a Saúde de forma individual – ou até mesmo por prejudicar o atendimento universal por uma política pública, deve se perquirir sobre a aplicabilidade do instituto da ponderação para resolução desse conflito de normas principiológica.

⁶ ADPF n. 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 29.04.2004.

Nesse caminhar, fica evidente o critério de ponderação que cumpre o papel de resguardados interesse por princípios colidentes. Esse critério busca avaliar qual dos interesses, “abstratamente do mesmo nível”, possui “maior peso diante das circunstâncias do caso concreto”. Quando há dois princípios equivalentes abstratamente, prevalecerá, no caso concreto, o que tiver maior peso diante das circunstâncias. A tensão entre ambos os princípios não pode ser resolvida com a atribuição de prioridade absoluta de um sobre o outro (ALEXY, 2001, p. 295).

Logo nesse prisma da ponderação deve-se enfrentar as imposições de políticas públicas de saúde alheia a qualquer política pública já implementada pelo Ente Público – imposição de concessão de fármaco ou terapia ainda não incluso nas políticas públicas do Ente, ou sem qualquer estudo técnico aprofundado em um processo estrutural que possibilite ao gestor a demonstração de que aquela política existente atende a efetivação daquele direito fundamental previsto na constituição.

É certo que o Poder Judiciário por mais que detenha aparato técnico não possui uma ótica macro de todas as políticas públicas a serem executadas no Estado conforme a necessidade coletiva, por mais que busque amparo em técnicos a disposição do Judiciário, jamais atingirá a eficiência na alocação dos recursos públicos em demandas individuais sem um olhar global em processo estrutural que se busque um diálogo com a administração pública.

Por conseguinte, a garantia do mínimo existencial, com respeito a reserva do possível, com aplicação do instituto da ponderação, sob o entendimento aqui sedimentado, se apresenta como limite a atuação Jurisdicional, e não como impedimento. Pois defende-se que mesmo em se tratando de Políticas que garantam o mínimo existencial deve-se buscar um diálogo em dimensões mais profundas em um modelo de processo estrutural e coletivo onde se estabeleça uma fase preliminar de diálogo com a administração pública sobre a alocação de recursos públicos de acordo com a necessidade coletiva, ou seja, em conformidade com o Princípio da Eficiência e atendimento universal para que não ocorra prejuízo a outros direitos coletivos que também pertencem ao núcleo do mínimo existência. O que se eleva quando se tratar de demanda cujo objeto não esteja incluso em alguma política pública, pois se acentua a necessidade de realocação orçamentária.

3.1.2 A Análise da Discrecionariade e o Princípio da Proporcionalidade como Limite de Contenção

É sabido que a doutrina pátria reconhece discricionariedade ao Administrador e ao Legislador, porém não é absoluta, pois devem tomar suas decisões sempre em conformidade com os Direitos Fundamentais, sob pena de retroceder o núcleo desses direitos constitucionais.

Veja que discricionariedade, é o espaço de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair, objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente” (Celso António Bandeira de Mello, 2006)⁷

Em se tratando de conceitos indeterminados a discricionariedade ainda se mostra mais aguçada como nos ensina Canotilho⁸.

No campo da jurisprudência e da doutrina encontramos diversos precedentes que limitam a interferência do judiciário no campo discricionário do administrador.

Ver-se que Robert Alexy nos ensina com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, que há sim bons argumentos *para o et contra* a legalização da “cannabis”, porém não pode a Corte fazer a fez do legislador devido a existência de um campo incerteza científica.

O autor José dos Santos Carvalho Filho, alude e cita a jurisprudência do STJ em que o Judiciário ficaria impedido de modificar decisão administrativa que alterou paradas e itinerários de ônibus no Município do Rio de Janeiro, decidindo “*tratar-se de ato discricionário, que sob o aspecto formal não apresenta nenhum defeito, não podendo o Judiciário adentrar em suas razões de conveniência*”.⁹

Nessa senda a discricionariedade do administrador sempre será exercida com a máxima aplicação da proporcionalidade, com base em critérios fáticos e jurídicos.

Em se tratando de colisão entre Princípios, na efetivação de políticas públicas, aplica-se a ponderação com amparo na proporcionalidade. Assim as máximas fáticas (necessidade e adequação), bem como as jurídicas (proporcionalidade *strito sensu*) serão parâmetros norteadores na tomada de decisão com o escopo de salvaguardar o direito fundamentais.

⁷ Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed, 7. ºr. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 48 (grifos acrescidos ao original).

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit. p. 446.

⁹ O precedente citado é o RMS n. 11.050/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, jul. Em 22.02.2000 (Bol. Infor. do STJ, n. 48, fev./2000), já citado por CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administravo. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 45.

Assim restou claro o entendimento que não há que se falar em insindicabilidade das políticas públicas devido a discricionariedade do administrador com arrimo na conveniência e oportunidade, pois o que deve o Poder Judiciário é uma maior ponderação com ênfase a proporcionalidade/razoabilidade, de modo a não afastar a efetivação dos direitos fundamentais que se dar mediante escolhas razoável dos Gestores em seu âmbito discricionário.

4. A Atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Pará e os Limites de Contenção

A problemática do presente estudo versa sobre a análise da atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Pará cuja causa *petendi* seja a efetivação de direito fundamental da saúde com discussão voltada para os limites de contenção do judiciário como já exposto.

Em análise mais detalhada quanto às diversas temáticas relacionadas à saúde, o Tribunal de Justiça do Estado do Pará apresenta incontáveis ações judiciais com obrigação de fazer, tanto para entes públicos quanto para as prestadoras de serviços de saúde.

O Tribunal do Estado do Pará possui um pleno com 29 (vinte e nove) desembargadores, sendo dividido em órgãos colegiados fracionados: Seção de Direito Penal, Seção de Direito Privado e Seção de Direito Público, esta se divide em 02 Turmas: 1ª e 2ª Turma de Direito Público, cada uma com 03 (três) julgadores.

Este trabalho analisou pouco mais de trinta julgados do referido tribunal sobre a temática aqui proposta. Passamos a delinear sobre o resultado da pesquisa.

Em acórdão proferido pela desembargadora do Estado do Pará, Rosileide Maria da Costa Cunha – Tribunal Pleno – Julgado em 04/04/2022, impondo ao Estado do Pará o fornecimento de medicamento conforme a seguinte ementa:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À SAÚDE. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À INTEGRIDADE HUMANA.

(...)

IV- *Havendo direito subjetivo fundamental violado, não há ofensa aos princípios da isonomia, da tripartição de funções estatais e da discricionariedade da Administração, e, no quadro da tutela do mínimo existencial, não se justifica inibição à efetividade do direito ofendido sob os escudos de limitações orçamentárias e de aplicação da teoria da reserva do possível.*

VI- Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida. Decisão unânime.

(TJPA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – Nº 0800234-39.2020.8.14.0015 – Relator (a): ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA – Tribunal Pleno – Julgado em 04/04/2022)

Na fundamentação de seu voto assim argumentou a Desembargadora sobre a alegação da reserva do possível, atendimento universal e discricionariedade do Gestor como matérias de defesa:

Na mesma linha de raciocínio, não merece prosperar a invocação ao **princípio da reserva do possível e da universalidade de atendimento**, isto porque o direito a saúde buscado nestes autos integra o mínimo existencial e como tal sua proteção não pode ser postergada.

Por outro lado, não se trata de invadir campo **exclusivo da discricionariedade** do Ente Público ou **de assumir o Judiciário funções que são daquele ou de eleger prioridades que competiria ao Executivo estabelecer**.

Não há o que se falar em ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes, que não ocorreu. O que se apresenta aqui é o Judiciário exercendo sua função no reconhecimento do direito do cidadão em face do Ente Público requerido.

O direito à saúde engloba toda uma trama de direitos fundamentais cuja proteção é priorizada pela Carta Magna de 1988, **não sendo razoável preterir o administrado de seu pleno gozo sob qualquer argumento**.

Em julgados da 1ª e 2ª Turma verificou-se esse mesmo entendimento de seus membros:

REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO A SAÚDE. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO EM UTI PARA TRATAMENTO DE COVID-19.

(...)

5. De mais a mais, não vislumbro ofensa aos princípios da reserva do possível, independência dos poderes, legalidade, impessoalidade, universalidade, isonomia, igualdade, economicidade, proporcionalidade ou razoabilidade, nem aos critérios de repartição de competência no âmbito da saúde, na medida em que se está apenas reconhecendo um direito fundamental constitucionalmente assegurado a todo cidadão.

6. E mais, não custa lembrar que o princípio da proibição do retrocesso impede o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à saúde), não podendo ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado.

(TJPA – REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL – Nº 0800351-21.2021.8.14.0136 – Relator (a): EZILDA PASTANA MUTRAN – 1ª Turma de Direito Público – Julgado em 18/10/2021)

Parte da fundamentação do voto vencendo:

“De mais a mais, não vislumbro ofensa aos princípios da reserva do possível, independência dos poderes, legalidade, impessoalidade, universalidade, isonomia, igualdade, economicidade, proporcionalidade ou razoabilidade, nem aos critérios de repartição de competência no âmbito da saúde, na medida em que se está apenas reconhecendo um direito fundamental constitucionalmente assegurado a todo cidadão.”

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. SAÚDE. GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. O direito constitucional à saúde se concretiza pelo fornecimento do tratamento médico e de insumos de que necessita o paciente, inclusive medicamentos, o que garante a sobrevivência e a dignidade do cidadão.

(...)

4. O princípio da reserva do possível não poderá servir ao Estado como um salvo conduto na implementação de políticas públicas, mormente quando se está em questão o direito fundamental à saúde.

5. Recurso conhecido e desprovido.

(TJPA – APELAÇÃO CÍVEL – Nº 0800096-80.2018.8.14.0035 – Relator (a): JOSE MARIA TEIXEIRA DO ROSARIO – 2ª Turma de Direito Público – Julgado em 06/12/2021)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE. REJEITADA. DIREITO À SAÚDE. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À INTEGRIDADE HUMANA.

(...)

IV- Havendo direito subjetivo fundamental violado, não há ofensa aos princípios da isonomia, da tripartição de funções estatais e da discricionariedade da Administração, e, no quadro da tutela do mínimo existencial, não se justifica inibição à efetividade do direito ofendido sob os escudos de limitações orçamentárias e de aplicação da teoria da reserva do possível.

V- Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida. Decisão unânime.

(TJPA – APELAÇÃO CÍVEL – Nº 0083160-75.2015.8.14.0051 – Relator (a): ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA – 1ª Turma de Direito Público – Julgado em 25/04/2022)

Parte da fundamentação do voto vencedor:

“Na mesma linha de raciocínio, não merece prosperar a invocação ao princípio da reserva do possível e da universalidade de atendimento, isto porque o direito a saúde buscado nestes autos integra o mínimo existencial e como tal sua proteção não pode ser postergada. Por outro lado, não se trata de invadir campo exclusivo da discricionariedade do Ente Público ou de assumir o Judiciário funções que são daquele ou de eleger prioridades que competiria ao Executivo estabelecer.”

Assim ver se que o Tribunal de Justiça Paraense, conforme os julgados pesquisados, enfrenta de forma singela o afastamento da teoria da reserva do possível para o provimento de demanda individuais com o escopo de garantia do mínimo existencial. Porém sem sequer ponderar sobre a colisão entre os direitos fundamentais no caso sob *examine*. Deveria sim realizar o processo de ponderação em seus julgados, mormente em demandas de cunho individuais com base também no atendimento universal que devem as políticas públicas de

saúde atingirem, sob pena de descobrir uma parte da sociedade sem o atendimento a aqueles serviços públicos devido o orçamento ter sido reprogramado com a finalidade do cumprimento daquela decisão de cunho individual.

Quanto a discricionariedade que deveria o Tribunal privilegiar nas escolhas de políticas públicas nos limites de uma razoabilidade, o referido Tribunal pouco se deleita sobre a temática, apenas argumenta que ao cidadão é dado buscar soluções no Judiciário quando o Poder Público é omissivo – Inafastabilidade da Jurisdição, bem como na possibilidade de intervenção do judiciário nas públicas.

Assim o Tribunal de Justiça do Estado do Pará, conforme o exposto, não atende aos limites de autocontenção na aqui forma aventada.

5. Considerações Finais

A partir das considerações feitas sobre o problema estrutural que envolve a prestação dos serviços de saúde - o que denota as falhas da Administração Pública em fornecê-los, foi possível identificar que a judicialização tem sido o modo pelo qual o direito social em questão tem sido garantido, porém albergado sem obediência aos limites de contenção delineados.

Através de revisão bibliográfica e da análise de 30 (trinta) julgados do Tribunal de Justiça Paraense entre os anos de 2020 a 2023, foi possível identificar que a referida Corte enfrenta de forma singela o afastamento da teoria da reserva do possível para o provimento de demandas individuais com o escopo de garantia do mínimo existencial. No entanto sem sequer ponderar sobre a colisão entre os direitos fundamentais no caso sob *examine*, pois quando se privilegia uma demanda individual sem observar a reserva do possível, ocorrerá um prejuízo a coletividade devido a necessidade de reprogramação orçamentária para execução das políticas públicas, logo haverá um retrocesso na garantia de direitos fundamentais a coletividade.

Assim deveria a Corte realizar o processo de ponderação em seus julgados, mormente em demandas de cunho individuais com base também no atendimento universal que devem as políticas públicas de saúde atingir, sob pena de despir uma parte da sociedade do atendimento daqueles serviços públicos devido o orçamento ter sido reprogramado com a finalidade do cumprimento daquela decisão de cunho individual.

Em específico quanto a discricionariedade, deveria o Tribunal privilegiar as escolhas de políticas públicas nos limites da razoabilidade realizadas pelo Gestor, mas o referido Tribunal pouco se deleita sobre a temática, apenas argumenta que ao cidadão é dado buscar

soluções no Judiciário quando o Poder Público é omissivo – Inafastabilidade da Jurisdição, bem como na possibilidade de intervenção do judiciário nas políticas públicas.

O que se torna possível concluir, portanto, na presente pesquisa foi um dado negativo quanto ao respeito, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos limites de contenção na forma aventada.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de Barcellos. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito constitucional brasileiro. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle Judicial das Omissões do Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2004.

DRESCH, R. L. A judicialização da saúde e a racionalização das decisões judiciais. In. CANCHERINI, C.E.; SOUSA, S. L. S. e. Estudos em homenagem à Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2106.

STRECK, L.L. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2018.320p.

SARLET, I.W. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

WEBBER, S. da S. O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de Direitos Fundamentais. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, [S. l.], v. 13, n. 13, p. 305–324, 2013.

O Sistema de Precedentes no Âmbito Penal e a Salvaguarda Dos Direitos Humanos

The system of precedents in the criminal scope and the safeguard of human rights

Beatriz Abraão de Oliveira¹

Karina Velasco de Oliveira²

Sumário: 1. A necessária aproximação entre os sistemas jurídicos *civil law* e *common law*: efeitos benéficos no que tange à segurança jurídica; 2. Direito constitucional brasileiro e o reconhecimento da necessidade de ampliar o poder de atuação do magistrado como forma de solucionar os casos concretos; 2.1. A legislação infraconstitucional já reconheceu a necessidade de o Poder Judiciário atuar em conformidade com os precedentes; 3. Direito penal: não há legislação específica permitindo o uso dos precedentes; Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho visa trazer uma reflexão sobre a necessidade de o Direito Penal trazer em sua legislação matrizes bem definidas quanto ao uso de precedentes, sob pena de os operadores do direito atuarem de forma indiscriminada, inovando legalmente a cada nova decisão. Dessa forma, analisa-se a relação dos sistemas *civil law* e *common law*, a fim de compreender suas características fundamentais e o que pode ser utilizado para eventuais ajustes no direito brasileiro. Ademais, observa-se o atual estágio do direito pátrio, em especial o grau que se encontra o poder criativo do magistrado, uma vez que as constituições federais brasileiras e as respectivas legislações permitiram, ao longo do tempo, uma maior intervenção judicial sobre a lei escrita, fato que contribuiu para a insegurança jurídica, e afetou não apenas o princípio da legalidade, mas também o da igualdade. Ressalta-se, nessa análise, que a extensão da interpretação do julgador permitiu o precedente ganhar espaço no que tange a fundamentação da decisão, apesar de não ser considerada fonte primária do direito. Assim, pondera-se sobre a aplicação da modulação temporal dos efeitos da decisão no âmbito penal, pois além de já ser aplicada há tempos no direito constitucional e recentemente o novo Código de Processo Civil trazer essa previsão, é uma alternativa para ajustar a insegurança jurídica vivenciada e garantir proteção os direitos fundamentais discutidos no âmbito de uma ação penal.

Palavras-chave: Direitos humanos; Alteração do entendimento jurídico; Sistemas jurídicos brasileiro e europeu; *overruling*; Direito Penal.

Abstract: The present work aims to bring a reflection on the need for Criminal Law to bring in its legislation well-defined matrices regarding the use of precedents, under penalty of law operators acting indiscriminately, legally innovating with each new decision. In this way, the relationship between the civil law and common law systems is analyzed, in order to understand their fundamental characteristics and what can be used for eventual adjustments in Brazilian law. In addition, the current state of national law is observed, in particular the

¹ Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2021). Possui graduação pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1995), mestrado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2014). Professora da Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio e coordenadora NPJ, professora do PPGD da Universidade Estácio de Sá, Pós da UERJ e convidada da FGV Rio (Graduação e Pós LLM Criminal). Proprietária e advogada no escritório Beatriz Abraão advogados. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal. Autora de diversos livros nessa área. E-mail:beatriz@beatrizabraao.com.br

² Mestranda do Programa de Mestrado em Política Pública e Econômica da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Integrante do grupo de pesquisa "Direito Penal Econômico e Justiça Penal Internacional", da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Ciências Penais pelo Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso (IERBB/MPRJ). Servidora Pública do Ministério Público do Rio de Janeiro. E-mail:karinavelascojuridico@gmail.com

degree to which the magistrate's creative power is found, since the Brazilian federal constitutions and the respective legislation have allowed, over time, greater judicial intervention on the law. Writing, a fact that contributed to legal uncertainty, and affected not only the principle of legality, but also that of equality. It should be noted, in this analysis, that the extension of the judge's interpretation allowed the precedent to gain ground regarding the reasoning of the decision, despite not being considered a primary source of law. Thus, the application of temporal modulation of the effects of the decision in the criminal sphere is considered, since in addition to being applied. For some time in constitutional law and recently the new Code of Civil Procedure brings this prediction, it is an alternative to adjust the legal uncertainty experienced and ensure protection of the fundamental rights discussed in the context of a criminal action.

Keywords: Human rights; changing the legal understanding; Brazilian and European legal systems; overruling; Criminal Law.

1. A Necessária Aproximação entre os Sistemas Jurídicos *Civil law* e *Common law*: Efeitos Benéficos no que Tange à Segurança Jurídica

Ao analisar os sistemas *civil* e *common law*, faz-se necessário retornar a época da Idade Média, momento em que é possível observar que o direito civil se apresentou como a primeira fonte do direito, sendo constituído de leis e costumes, e tendo por finalidade regular as relações públicas e privadas entre os particulares ou entre esses e o rei. Ressalta-se, assim, que o direito foi apresentado sob dois aspectos: costumes e leis.

Quanto aos costumes, nota-se não somente a repetição do ato que é considerado obrigatório, mas sim um verdadeiro pacto que possui força de norma entre as partes. Há sensação de garantia e reconhecimento de autenticidade jurídica no acordo. Aqui encontra-se o que veio a ser denominado de *common law*.

No citado sistema, a lei é um instrumento introduzido no direito ancestral, que visa combater os abusos da coroa, mas não a figura do juiz ou a forma como as relações sociais ocorriam. Até a presente data, ao julgar sob a égide desse sistema, torna-se necessário observar o pacto estabelecido pela sociedade. Logo, volta os olhos para os casos passados como forma de fundamentar a decisão.

Já as leis, como o segundo aspecto do direito civil, foram apresentadas no formato de leis fundamentais. Tais apareceram na Baixa Idade Média, não tomaram o lugar dos costumes, mas se revelaram como uma outra forma de garantir a segurança jurídica das relações particulares e públicas.

Enquanto o sistema baseado nos costumes – *common law* - manteve-se no mundo anglo-saxônico, as leis ganharam força na parte continental.

No sistema *common law*, apesar do avanço histórico que ocasionou o surgimento de novos pactos que foram exteriorizados no formato de legislação, o mecanismo de solução do conflito continua permitindo ao julgador exercer o seu poder criativo na solução da lide,

pois compreende-se duas situações: a impossibilidade de a lei prever todos os casos; tem os costumes como o direito que serve para atender as demandas judiciais. Aqui é possível verificar o *judge-made law*.

Ademais, como forma de manter a segurança e a estabilidade das decisões judiciais, o referido sistema utiliza o *stare decisis* – “expressão latina que significa ‘mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido’”³.

E, sem negar a necessidade de oxigenar o direito, que se impõe na medida que a sociedade modifica seus valores, passando a apresentar novos tipos de conflito, o sistema *common law* utiliza-se do *overruling*, que se conceitua por ser a revogação de um entendimento jurídico que se tornou equivocado ou incompatível com as atuais importâncias da sociedade ou do direito⁴.

Nessa toada, verifica-se que no *common law* o costume ocupa lugar central, permitindo a unidade e a paz social, e a segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais são garantidas pelo direito consuetudinário. Logo, observa-se que as relações humanas ocorrem de forma natural, em seguida a necessidade de solucionar questões surgem da própria convivência humana e, por meio de pactos, as condutas são moldadas. O ser humano integrado nessa comunidade tem o olhar voltado para a relação social, a qual fundamenta o pacto.

Quanto ao sistema jurídico *civil law*, necessário compreender que tem a lei como base de orientação e solução dos conflitos, sendo ela formalmente produzida por um órgão específico, criado para esse fim, que no caso brasileiro é o Poder Legislativo.

O *civil law*, na sua origem, partiu do pressuposto de ser necessária a existência de uma lei para garantir a paz social, que deve ser elaborada por um poder que visa externalizar por meio da norma a vontade da nação. Esse sistema acredita que o Poder Legislativo deve prever as situações, o que limita o julgador e causa sensação de segurança ao cidadão no que tange às consequências de seus atos. Observa-se, dessa forma, uma oposição entre os poderes legislativo e judiciário, fato que não ocorreu na Inglaterra, já que os poderes estavam reunidos para combater os excessos realizados pela coroa.

A gênese do *civil law* demonstra a importância dos princípios da legalidade e igualdade, pois espera-se que o resultado do julgamento seja o mesmo para casos similares, cabendo ao magistrado, tão somente, aplicar a literalidade da lei. Entretanto, ao longo do tempo, adaptações mostraram-se necessárias, ante a complexidade das relações sociais e os

³ GALVÃO, D. Precedentes judiciais no processo penal. 1ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 34.

⁴ MARINONI, L.G.. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. Revista TST, Brasília, vol. 77, n° 3, jul/set 2011, p. 224.

consequentes novos tipos de conflito jurídico que, num tempo curto, passaram a existir, não tendo a legislação capacidade para acompanhá-los.

Como uma das formas de tentar solucionar problemas oriundos da incapacidade da lei em solucionar todas as demandas que chegam ao Poder Judiciário, os precedentes (que se conceituam como: “(...) a decisão judicial em um caso concreto que trate de questão jurídica e não apenas de simples subsunção dos fatos aos textos legais, servindo como parâmetro, modelo ou ponto de partida para decisões de casos subsequentes, desde que haja similitude entre os fatos dos dois casos.”)⁵ vêm ganhando espaço no Direito, e junto deles é possível concluir um raciocínio um pouco mais amplo, no sentido de compreender que a sociedade aguarda uma decisão em conformidade com o que já está posto, seja precedente, jurisprudência ou legislação posta. Assim, “a técnica de invocar precedente pode, também, aumentar a previsibilidade da decisão, o que gera segurança jurídica e confere especial credibilidade na tomada de decisão judicial [...]”.⁶

Essa modificação das características do sistema jurídico nacional é reconhecida, inclusive, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois diversos julgados apresentam a seguinte fundamentação:

[...] 4. A força da jurisprudência foi erigida como técnica de sumarização dos julgamentos dos Tribunais, de tal sorte que os Relatores dos apelos externos, como soem ser o recurso extraordinário e o recurso especial, têm o poder de substituir o colegiado e negar seguimento às impugnações por motivo de mérito. Deveras, a estratégia político-jurisprudencial do precedente, mercê de timbrar a interpretação dos sistemas do *civil law* do *common law*, consubstancia técnica de aprimoramento da aplicação isonômica do Direito, por isso que para casos iguais”, “soluções iguais.” [...]⁷

Entretanto, a prática jurídica demonstra que ao permitir a extensa interpretação da norma e o uso de precedentes de forma indiscriminada, faz com que a alteração do direito esteja suscetível de constante modificação, fato que fortalece o cenário de instabilidade jurídica e, conseqüentemente, a violação de direitos fundamentais.

2. Direito Constitucional Brasileiro e o Reconhecimento da Necessidade de Ampliar o Poder de Atuação do Magistrado como Forma de Solucionar os Casos Concretos

⁵ GALVÃO, D. Precedentes judiciais no processo penal. 1ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 47.

⁶ GOMES, M.G.M. Direito penal e interpretação jurisprudencial. Do princípio da legalidade as súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008, p. 110

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2023. Recurso Especial (RE) 433896, Relator Min. Dias Toffoli. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoes&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%20A%20for%C3%A7a%20da%20jurisprud%C3%Aancia%20foi%20erigida%20como%20t%C3%A9cnica%20de%20sumariza%C3%A7%C3%A3o%20dos%20julgamentos%20dos%20&sort=_score&sortBy=desc>, Acesso em: 08/03/2023.

O Brasil adota o sistema *civil law*, todavia seu Poder Legislativo, distanciando das características que deram origem ao referido sistema, vem, ao longo dos anos, formulando leis que concedem ao julgador poder criativo para decidir.

Assim sendo, e na tentativa de respeitar os princípios da legalidade e da igualdade, observa-se que a legislação pátria passou a adotar técnicas de julgamento diferentes das previstas na origem do sistema *civil law*, como, por exemplo, o precedente judicial.

Essa modificação no sistema ocorreu devido, principalmente, ao constitucionalismo brasileiro, que concedeu, ao longo da história e de forma gradual, maior capacidade de interpretação ao magistrado, ocasionando o distanciamento da literalidade da lei.

A evolução do *civil law*, particularmente em virtude do impacto do constitucionalismo, deu ao juiz um poder similar ao do juiz inglês submetido à *common law* e, bem mais claramente, ao poder do juiz americano, dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição. No instante em que a lei perde a supremacia, submetendo-se à Constituição, transforma-se não apenas o conceito de direito, mas igualmente o significado de jurisdição. O juiz deixa de ser servo da lei e assume o dever de atuá-la na medida dos direitos positivados na Constituição. Se o juiz pode negar a validade da lei em face da Constituição ou mesmo instituir regra imprescindível à realização de direito fundamental, o seu papel não é mais aquele concebido por juristas e processualistas de épocas distantes. Nota-se que o juiz brasileiro, hoje, tem poder criativo maior do que o juiz do *common law*, pois, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes.⁸

Ao analisar a modificação constitucional do Brasil, observa-se que a Constituição Federal (CF) de 1824, por forte influência da Revolução Francesa, não concedeu ao julgador liberdade de julgamento, exigindo a observância da literalidade da lei, além de não ter disposto sobre o controle dos atos do poder legislativo.

Já a Constituição Federal de 1891, tendo como influência à constituição norte-americana, buscou não somente o sistema de governo presidencialista, como adotou o sistema de freios e contrapesos, concedeu aos Estados autonomia e adotou a doutrina tripartida de Montesquieu, afastando a divisão quadripartida adotada pelo Império.⁹

Ademais, foi a responsável por conceder ao Poder Judiciário a função criativa de julgar, pois dispôs sobre o controle de constitucionalidade, no seu formato difuso. Essa transformação ocorreu devido ao fato de o sistema norte-americano prever o *judicial review*.

A Constituição Federal de 1934 apresentou um compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo, tendo em vista ter ampliado os poderes do Executivo, mantido o sistema

⁸ MARINONI, L.G.. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Revista da Faculdade de Direito – UFPR – Curitiba, n° 49, p. 11-58, 2009, p. 21.

⁹ SILVA, J.A. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2009, p. 78.

difuso de controle de constitucionalidade e criado a ação direta de inconstitucionalidade interventiva.

Dando seguimento, vislumbra a Emenda Constitucional (EC) 16/1965, que criou a ação direta de inconstitucionalidade, possibilitando, ainda, o controle de constitucionalidade na forma concentrada, que poderia ser realizada pelos Estados. Tais fatos demonstram um passo no sentido de o judiciário exercer o seu poder criativo de interpretação da norma, afastando-se a literalidade da lei imposta pelo legislativo e, conseqüentemente, o distanciamento da essência do sistema *civil law*.

A Constituição Federal de 1988 continuou alargando a atuação do Poder Judiciário, eis que: concedeu legitimidade para novos agentes ingressarem com a ação de inconstitucionalidade; criou o controle de constitucionalidade referente à omissão legislativa; permitiu a criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Em seguida, a Emenda Constitucional 3/93 criou a ação declaratória de constitucionalidade, e a Emenda Constitucional 45/2004, conhecida como a Reforma do Judiciário, e trouxe um leque maior de legitimados para ingressar com a ação direta de constitucionalidade.

No que tange à EC 45/2004, ressalta-se a criação da súmula vinculante, que é um tema sempre em voga quando debate-se a reforma do Poder Judiciário¹⁰. Assim, conforme disposto no art. 103-A, da CF, cabe ao Supremo Tribunal Federal (STF), quando tratar de reiteradas decisões de matéria constitucional, seja através de ofício ou por provocação, após a decisão de dois terços dos seus membros, aprovar a súmula com efeitos vinculantes em relação aos órgãos inferiores do Poder Judiciário e a toda a administração pública. Indo além,

¹⁰ Nesse sentido, esclarece José Afonso da Silva: “É a questão da adoção oficial de uma interpretação fixa que se imponha a todos, e que foi objeto de larga discussão durante o Império. Assim é que José Thomaz Nabuco de Araújo apresentou um projeto, em 1843, conferindo ao mais alto Tribunal do Império – o Supremo Tribunal de Justiça – o direito de julgar definitivamente as causas em que concedesse revista, porque, para ele, era uma anomalia que os tribunais inferiores pudessem julgar, em matéria de direito, o contrário do que tinha decidido o primeiro Tribunal do Império. Em 1855 a Seção de Justiça do Conselho de Estado, em face de arestos contraditórios dos tribunais inferiores, lembrava a conveniência de uma medida legislativa no sentido de “estabelecer uma interpretação com força dos antigos assentos da Casa de Suplicação”. Houve até parecer que aconselhava a proposta de uma lei que autorizasse o Conselho de Estado a dar autêntica interpretação às leis, o que foi repellido pela maioria esmagadora do próprio Conselho, com o argumento de que a interpretação autêntica de leis não poderia, sem subversão dos princípios do direito público, pertencer senão ao Poder legislativo, cabendo a interpretação doutrinária inteira e necessariamente ao magistrado, na aplicação da lei aos fatos, e “é por isso que os assentos são vedados aos nossos tribunais” (cf. Joaquim Nabuco, Um Estadista do Império, pp. 230/234). (...) E, 1841, tanto na Câmara dos Deputados como no Senado do Império, apresentaram-se projetos de lei autorizando o Supremo Tribunal de Justiça a “tomar assentos obrigatórios sobre a interpretação das leis. (...) Os assentos eram, pois, as súmulas vinculantes de outrora, com a mesma força de lei, como uma forma de interpretação oficial, impositiva, tal como as interpretações autênticas, e, nesse sentido, subversivas dos princípios de direito público, já que interpretação oficial obrigatória só é legítima quando feita pelo Poder Legislativo. Apesar disso, foram elas acolhidas no art. 103-A da CF, introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004.” SILVA, J.A.. Comentário contextual à constituição. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2009, p. 559.

possui o poder tanto de criar a súmula quando de o mesmo órgão rever e cancelar a qualquer tempo.

A título de exemplo do alargamento da função do judiciário, ressalta-se o art. 102, §2º, da CF, que dispõe sobre o efeito vinculante das decisões do STF quando proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas declaratórias de constitucionalidade, no que tange aos órgãos do Poder Judiciário, bem como a administração pública direta e indireta, nas suas três esferas.

Diante desse cenário, atualmente o magistrado pode se distanciar da literalidade da lei, fato que fortalece a busca, no sistema *common law*, por instrumentos que deem eficiência a resolução de conflitos, como é o caso dos precedentes.

2.1. A Legislação Infraconstitucional já Reconheceu a Necessidade de o Poder Judiciário Atuar em Conformidade com os Precedentes

O art. 926, do atual Código de Processo Civil (CPC/2015), dispõe sobre a necessidade de uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Esse artigo demonstra a preocupação do legislador com as decisões judiciais, que, por poder surpreender as partes através do ato criativo do magistrado, realizado no momento que opera a interpretação da norma, deve este, ao menos, observar a jurisprudência. O mandamento legal busca trazer uma decisão estável e de igualdade.

Conforme já teve oportunidade de decidir o Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência variar ao sabor das convicções pessoais dos julgadores, com o próprio tribunal desrespeitando sua jurisprudência, é um desserviço, já que se o próprio tribunal não respeita sua jurisprudência está dando um sinal para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo.

Se é verdade que o desrespeito pelos juízes inferiores de entendimentos já consolidados pelos tribunais gera a quebra da isonomia e a insegurança jurídica, tornando o processo uma verdadeira loteria judiciária, ainda mais grave é a instabilidade presente nos próprios tribunais quanto ao respeito à sua própria jurisprudência.¹¹

Assim, é possível notar que o Estado deve conceder segurança jurídica aos cidadãos, não podendo estes serem surpreendidos com decisão diversa da lei, bem como da jurisprudência consolidada, sob pena de estarem atuando em algo similar ao jogo lotérico, o que causa insegura jurídica, violação ao princípio da igualdade e fomenta a interposição de recurso (que na maior parte dos casos são interpostos com o fim de ver a mudança de entendimento no seu caso específico, ou seja, uma sorte no jogo).

¹¹ NEVES, D.A.A.. Manual de direito processual civil – Volume único. 8ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 1300.

Dando continuidade na análise do novo Código de Processo Civil (CPC), verifica-se também o art. 927, que traz determinações no sentido de dever ser observada a hierarquia existente no Poder Judiciário. Cabe aos órgãos inferiores atentar para o entendimento emanado da Suprema Corte. Aqui, destaca a relação existente entre a persuasão racional do juiz e a necessidade de manter a unidade do sistema jurídico. Tal fato limita a atuação do magistrado, a fim de garantir observância ao entendimento jurídico majoritário, e, conseqüentemente, assegurar a segurança jurídica as partes processuais.

3. Direito Penal: Não há Legislação Específica Permitindo o Uso dos Precedentes

Ao considerar o que foi até aqui exposto, compreende-se que a lei, de forma geral, não se mostra capaz de solucionar todos os casos, além de não poder ser reduzida ao que consta especificamente no código e nas leis próprias, pois o alcance, a partir do exercício da interpretação, é dado pelo julgador, que por via de consequência, contribuiu para o surgimento dos precedentes.

O juiz, diante do caso concreto, faz o exercício de extração do significado da lei, e, cotejando com as circunstâncias apresentadas no processo, expressa, por meio da sua decisão, uma norma que solucionará a questão prática. Esse ato exige fundamentação, a fim de não somente atender a uma orientação de ordem legal e principiológica, mas permitir à sociedade compreender os elementos valorativos utilizados.

Ao voltar os olhos para o âmbito criminal, observa-se que, diferente da lei civil, a legislação penal ainda não trouxe em seu bojo um artigo prevendo respeito aos precedentes emanados da Corte. Assim, ao estudar o Código de Processo Penal, verifica-se que a legislação processual penal determina a necessidade da fundamentação, especialmente quando o resultado do processo diverge do entendimento consolidado (art. 315, §2º, inciso VI, do CPP/1941)¹², o que vai ao encontro do que está expresso no CPC/2015, art. 926, quando determina que os Tribunais uniformizem sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente.

Assim, é possível afirmar que quando o Poder Judiciário inova sua decisão, contrariando o que havia entendido até então, exara um acórdão normativo. Essa decisão exige do sujeito novas normas de conduta e contraria o princípio da legalidade. Logo, pode ser um instrumento que transforma o sistema sistemático-dedutivo em jurídico-problemático, afetando diretamente a liberdade do indivíduo.

Posta tal reflexão, cabe analisar se quando o sujeito é posto diante de uma solução nova para o mundo jurídico, ou seja, quando há um acórdão normativo, é possível ou não

¹² “Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. [...] § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>, Acesso em: 16/06/2023.

enquadrar a conduta no erro de proibição. Ou seja, o ato foi realizado num cenário em que ainda não existia o entendimento emanado no acórdão normativo. Assim, seria possível ou não haver o erro de proibição?

Sabe-se que o erro de proibição pode ser evitável ou inevitável. Cumpre afirmar que se o erro é escusável, não haverá crime, eis que não há dolo nem mesmo culpa. Já se for inescusável, poderá ser analisado pelo julgador se a hipótese envolveu a culpa e, havendo o tipo penal na modalidade culposa, o agente pode ser por ele condenado.

Assim sendo, o erro de proibição toca o fato de que há uma lei abstrata e de outro lado o conhecimento do agente que vai agir ou não conforme a ciência que possui sobre a norma legal. “E é exatamente nessa relação – de um lado a norma, em abstrato, plenamente eficaz e válida para todos e, de outro lado, o comportamento em concreto e individualizado – que se estabelecerá ou não a consciência da ilicitude [...]”¹³

Nesse contexto, o acórdão normativo possui espaço no sistema jurídico brasileiro, eis que comprovada a insuficiência legislativa para solucionar todos os conflitos sociais. Todavia, faz-se necessário resgatar a orientação basilar do princípio da legalidade, em que, somado ao conceito de crime, requer do julgador a análise, caso a caso, do sujeito, a fim de verificar se possuía a possibilidade de saber da existência do injusto penal. Caso contrário, estaria sendo violado o direito mais sensível que há, que é o da liberdade. Ou seja, o Estado poderia ingressar na esfera individual a qualquer momento, pois bastaria realizar nova interpretação da lei penal e executar tal decisão.

Dessa forma, importante ressaltar que o Direito Penal exige do cidadão um comportamento conforme a lei, não podendo arguir o desconhecimento dela, conforme disposto no art. 21 do Código Penal (CP) e art. 3º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro.

Logo, a modificação que o sistema *civil law* sofreu ao longo do tempo, somado ao que dispõe o Código Penal, é possível afirmar que não basta exigir do cidadão uma conduta conforme a lei ou a interpretação que o leigo faz dela, mas sim o que o judiciário entende, pois somente assim a conduta será legal. Portanto, quando da análise do Direito Penal, inclui na exigência do comportamento conforme a lei, a orientação proveniente dos precedentes.

Considerações Finais

O sistema *common law*, apesar de apresentar diferenças marcantes em relação ao *civil law*, seja pelo fato de ter originado em contexto histórico diverso ou por ter se desenvolvido

¹³ BITENCOURT, C.R.. Tratado de Direito Penal. Parte 1. 17ª. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 494.

visando horizontes contraditórios, sua compreensão nos dias de hoje torna relevante para que possa auxiliar na dinâmica processual brasileira, conferindo ajustes e adaptações impostas pela sociedade.

Ao analisar os sistemas, constatou-se que a lei não pode prever todas as situações, e exige um processo longo e complexo para entrar em vigor. Essa situação abre espaço para que mecanismos processuais adotados no outro sistema seja aplicado. Nesse caso, há os precedentes, que ganha espaço na atuação dos magistrados brasileiros. Ressalta-se que os julgadores, conforme o avanço legislativo, receberam o poder de interpretar a norma e tal situação ocorreu de forma indiscriminada, sem que houvesse um padrão previsível. Esse cenário permitiu o aumento da interposição recursal - com o recurso é possível uma modificação do entendimento (ou seja, uma sorte na loteria) -; além de causar insegurança jurídica.

Quando os olhos recaem sobre a seara penal, a preocupação com esse cenário torna-se maior, uma vez estar em discussão a liberdade do agente, o que não permite depender de uma loteria judiciária para conduzir seu atuar social.

Diante desse cenário e visando evitar uma decisão condenatória surpresa e a consequente violação do direito fundamental do réu – eis que atualmente a ausência de técnica sobre interpretação de norma está favorecendo uma interpretação nova a cada decisão -, torna-se relevante ou aplicar a modulação temporal dos efeitos da decisão também no âmbito penal, a fim de evitar uma modificação do entendimento consolidado em prejuízo ao réu, ou definir, por meio da legislação, matrizes para a aplicação dos precedentes.

Referências Bibliográficas

BITENCOURT, C.R. Tratado de Direito Penal. Parte 1. 17ª. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2023. Recurso Especial (RE) 433896, Relator Min. Dias Toffoli. Disponível em:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoes&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%20A%20for%C3%A7a%20da%20jurisprud%C3%Aancia%20foi%20erigida%20como%20t%C3%A9cnica%20de%20sumariza%C3%A7%C3%A3o%20dos%20julgamentos%20dos%20&sort=_score&sortBy=desc, acesso em: 08/03/2023.

GALVÃO, D. Precedentes judiciais no processo penal. 1ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

GOMES, M.G.M. Direito penal e interpretação jurisprudencial. Do princípio da legalidade as súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008, p. 110.

MARINONI, L.G.. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Revista da Faculdade de Direito – UFPR – Curitiba, nº 49, p. 11-58, 2009.

MARINONI, L.G.. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. Revista TST, Brasília, vol. 77, nº 3, jul/set 2011.

NEVES D.A.A.. Manual de direito processual civil – Volume único. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA, J, A, Comentário contextual à constituição. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2009.

SILVA J.A. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2009.

A (In) Segurança Jurídica em Matéria Ambiental: a Compatibilização da Proteção ao Meio Ambiente Com o Princípio da Livre Iniciativa

The Legal Security in Environmental Matters: Compatibilization of Environment Protection with The Principle of Free Initiation

Bruno Carvalho Pires Leal¹

Sumário: Introdução; 1. O meio ambiente na Constituição Federal; 1.1 O direito fundamental à qualidade ambiental; 1.2 O poder público e a litigância climática; 2. A livre iniciativa como fundamento constitucional; 2.1 Os princípios norteadores da ordem econômica: os limites à livre iniciativa frente à preocupação ecológica. 2.2 A (in) segurança jurídica em matéria ambiental. 3. Conclusão; Referências

Resumo: Este trabalho consiste em investigar a segurança jurídica em matéria ambiental, a partir da compatibilização da proteção ao meio ambiente com o princípio da livre iniciativa. Primeiramente aborda-se a forma como o meio ambiente é tratado na Constituição Federal, realçando seu caráter enquanto direito fundamental, seu caráter de direito metaindividual, oriundo dos direitos humanos de terceira geração, e sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Em seguida, aborda-se o papel do poder público na sua concretização, seja por meio de ações ou omissões, destacando-se o princípio da proibição do retrocesso. Ainda esse aspecto, aborda-se a chamada litigância climática, identificando os principais casos analisados pelo Supremo Tribunal Federal na temática ambiental. Em seguida, passa-se a analisar os fundamentos e princípios da ordem econômica segundo o art. 170 da Constituição Federal, examinando suas implicações com a proteção ao meio ambiente, bem como os instrumentos legalmente previstos para se alcançar o desenvolvimento sustentável, tais como Estudo de Impacto Ambiental, Relatório de Impacto Ambiental, licenciamento ambiental, dentre outros. No tópico seguinte, aborda-se a proteção ambiental e sua relação com os princípios da livre iniciativa e da segurança jurídica, ressaltando o caráter precário da licença ambiental e a necessidade de concessão de maior segurança jurídica e matéria ambiental.

Palavras-Chave: meio ambiente; livre iniciativa; segurança jurídica

Abstract: This work consists of investigating legal security in environmental matters, based on the compatibility of environmental protection with the principle of free initiative. Firstly, the way in which the environment is treated in the Federal Constitution is discussed, highlighting its character as a fundamental right, its character as a meta-individual right, arising from third-generation human rights, and its relationship with the principle of human dignity. Then, the role of public power in its implementation is addressed, whether through actions or omissions, highlighting the principle of prohibition of retrogression. Still on this aspect, the so-called climate litigation is approached, identifying the main cases analyzed by the Federal Supreme Court in the environmental theme. Then, the foundations and principles of the economic order according to art. 170 of the Federal Constitution, examining its implications for the protection of the environment, as well as the legally established

¹Doutorando em direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. E-mail: bruno.pires.leal@gmail.com

instruments to achieve sustainable development, such as the Environmental Impact Study, Environmental Impact Report, environmental licensing, among others. The following topic addresses environmental protection and its relationship with the principles of free enterprise and legal certainty, emphasizing the precarious nature of the environmental license and the need to grant greater legal certainty and environmental matters.

Key Words: environment; free Initiative; legal certainty;

Introdução

A Constituição Federal de 1988 alçou o meio ambiente à patamar até então inédito no ordenamento jurídico brasileiro, qualificando-o como direito fundamental, na forma do art. 225 e seguintes.

Realçando ainda mais a sua importância, a Carta Política de 1988 elencou a defesa do meio ambiente como vetor principiológico da ordem econômica brasileira.

Nessas condições, este trabalho tem o interesse examinar a importância dada ao meio ambiente na Carta Magna de 1988, seu papel enquanto vetor principiológico da ordem econômica e sua compatibilização com os princípios da livre iniciativa e da segurança jurídica, analisando-os com base nos precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

No primeiro momento será analisado como o meio ambiente se encontra disposto na Constituição Federal, abordando-se o seu caráter de direito fundamental e o papel do Poder Público e da coletividade na sua promoção.

Em seguida, estuda-se o princípio da livre iniciativa como fundamento constitucional, analisando-se os seus limites frente à preocupação ecológica. Por derradeiro, examina-se o princípio da segurança jurídica em matéria ambiental.

Para a realização deste trabalho, utiliza-se da pesquisa bibliográfica e da documentação indireta.

1 O Meio Ambiente na Constituição Federal

Sabe-se ser cada vez mais crescente a busca pela compatibilização entre o crescimento econômico com uma eficaz proteção ao meio ambiente, visando alcançar o chamado equilíbrio ambiental e o desenvolvimento sustentável.

Preocupada com a questão ambiental, a Constituição Federal de 1988 elevou a proteção ao meio ambiente a patamar até nunca antes alçado no ordenamento jurídico brasileiro, conferindo-lhe especial proteção enquanto direito fundamental.

A constitucionalização do meio ambiente teve como um de seus alicerces o pensamento protecionista com relação aos direitos metaindividuais, a partir da concepção da terceira geração de direitos humanos, os quais, nas palavras de Paulo Bonavides (2000, p. 523), não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um

grupo ou de um determinado Estado, sendo dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade.

Além da proteção aos direitos metaindividuais, o princípio da dignidade humana, um dos fundamentos da nossa República Federativa, nos termos do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, também serviu como base para constitucionalização da questão ambiental, no intuito de garantir uma existência digna para as atuais e futuras gerações.

Por fim, como já destacado, a busca pelo desenvolvimento sustentável também lastreou a introdução do meio ambiente no âmbito constitucional, sendo definido por Nicolao Dino de Castro e Costa Neto (2003, p. 61) como a compatibilização do desenvolvimento econômico com a qualidade do meio ambiente.

1.1 O Direito Fundamental à Qualidade Ambiental

Com o advento da Constituição de 1988, a preocupação com a qualidade ambiental foi estabelecida como direitos fundamentais, sendo incorporada ao ordenamento jurídico como um direito considerado inalienável do indivíduo, na esteira dos ensinamentos de J.J Gomes Canotilho (2003, p. 377).

Reconhecida a indispensabilidade dos direitos fundamentais, emerge um novo debate quanto à titularidade da função de efetivar os direitos fundamentais, isto é, aquele que possui o papel fundamental de garantir que tais direitos sejam de fato observados e garantidos.

De acordo com a definição de Robert Alexy (2015, p. 433) os direitos fundamentais podem ser classificados em direito de defesa, em *status* negativo, com o direito de o cidadão exigir que o Estado se abstenha de atuar em determinada situação ou sentido, e direito de ação positiva, que é seu contraponto.

O dever de prestação, no âmbito do direito ambiental, circunscreve-se, de maneira mais preponderante, no sentido positivo, tendo em vista que cabe ao poder público regulamentar as normas ambientais e realizar a fiscalização da qualidade ambiental, tendo em vista que é o titular das funções legislativas e do poder de polícia.

Do mesmo modo, diante do viés negativo, não pode o poder público se omitir na defesa do meio ambiente, devendo agir, sempre que necessário, para protegê-lo.

Nesse aspecto, vigora em matéria de direitos fundamentais a proibição do retrocesso, de forma que atingida determinado grau de proteção ao direito fundamental, o legislador não poderia atuar posteriormente de forma a minorar ou revogar as conquistas obtidas.

No entanto, Ingo Wolfgang Salert e Tiago Fensterseifer (2013, p. 302) destacam ser admissível certa margem de discricionariedade administrativa às autoridades públicas em

matéria ambiental, de modo que a aplicação do princípio da proibição do retrocesso socioambiental não venha a engessar as ações legislativas e administrativas.

1.2 O Poder Público e a Litigância Climática

A Constituição Federal, em seu art. 225, estabelece o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e como um bem de uso comum do povo, impondo ao poder público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

No contexto ambiental, o federalismo cooperativo adotado pela Constituição Federal atribui ser competência comum da União, dos Estados e dos Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em quaisquer de suas formas, nos termos do art. 23, inciso VI.

Em relação à competência legislativa, a Carta Republicana, em seu art. 24, incisos VI e VIII, assevera ser competência da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar concorrentemente sobre matérias relativas à proteção ao meio ambiente e sobre a responsabilidade por danos ambientais.

Considerando as funções constitucionalmente jungidas ao Poder Público, o Supremo Tribunal Federal tem sido provocado a se manifestar sobre diversas questões que envolvem suas atribuições na proteção ao meio ambiente, ocasionando a denominada litigância climática (*climate chance litigation*).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6148, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, argumentava-se que a Resolução nº. 491/2018 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA não regulamentava de forma minimamente eficaz e adequada os padrões de qualidade do ar.

Ao apreciar a matéria, a Suprema Corte concluiu pela improcedência da ação, na esteira do voto-condutor proferido pelo Ministro André Mendonça. Na ocasião, determinou-se que o CONAMA edite uma nova Resolução sobre os padrões de qualidade do ar em até vinte e quatro meses, levando em consideração as diretrizes estabelecidas pela Organização Mundial da Saúde – OMS, à luz da realidade nacional, das peculiaridades locais, dos primados da livre iniciativa, do desenvolvimento social e da redução da pobreza. Acaso não editada a referida resolução, prevalecerão, no Brasil, as diretrizes da OMS (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2022).

Examinando a matéria climática sob o viés orçamentário, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº. 708, o Supremo Tribunal Federal

proibiu o contingenciamento das receitas que integram o Fundo Nacional Sobre Mudança do Clima (Fundo Clima) e determinou que o governo federal adote as providências necessárias ao seu funcionamento, com a consequente destinação de recursos. Na oportunidade, reconheceu-se, ainda, a omissão da União devido à não alocação integral das verbas do fundo referentes ao ano de 2019 (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2022).

Ainda no âmbito do Supremo Tribunal Federal, encontram-se pendentes de julgamento algumas ações que envolvem a participação do Poder Público na proteção ao meio ambiente.

Nesse particular, ressalta-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº. 735, na qual se discute o envolvimento das forças armadas na promoção de ações preventivas e repressivas contra delitos ambientais.

Igualmente relevante pontuar a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO nº. 59, que objetiva o reconhecimento da omissão da União em relação à paralisação do Fundo da Amazônia e do Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (Fundo Clima).

Inobstante as funções atribuídas ao Poder Público, observou-se que a Constituição também reserva à coletividade papel importantíssimo na proteção ambiental.

Ressaltando a relevância da participação da coletividade na proteção ao meio ambiente, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de Decretos Presidenciais que excluía a sociedade civil da formulação de políticas públicas ambientais, restabelecendo sua participação em órgãos ambientais (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2022).

Nessa perspectiva, sabe-se que o art. 173 da Constituição Federal permite ao Estado explorar diretamente a atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei.

Nessa exploração direta da atividade econômica, o Estado também está sujeito aos limites da proteção ao meio ambiente, devendo observar a legislação ambiental e os limites estabelecidos para sua proteção.

Diante desse cenário, deve-se examinar o entrelaçamento entre os princípios da livre iniciativa e da segurança jurídica com a proteção ao meio ambiente.

2. A Livre Iniciativa como Fundamento Constitucional e o Problema da Segurança Jurídica em Matéria Ambiental

A Constituição Federal de 1988 elenca como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Art. 1º, inciso IV).

Mais adiante, a Carta Republicana estabelece como um dos fundamentos da ordem econômica a livre iniciativa, esclarecendo que esta tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*).

Note-se, portanto, que a Carta Política, não obstante preconize ser a livre iniciativa um dos seus alicerces, também demonstra uma preocupação antropológica e social, visando harmonizar o livre exercício da atividade econômica com os aspectos valiosos da vida em comunidade e resguardar a dignidade da pessoa humana.

Ao se debruçar sobre esta preocupação Constitucional, Eros Grau (2012, p. 210) assevera que a livre iniciativa não pode ser reduzida meramente à feição que assume como liberdade econômica ou empresarial e muito menos ser visualizada tão somente como uma afirmação do capitalismo. Afirma, ainda, que a livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pelo capital, mas também pelo trabalho.

Essa inquietude Constitucional, quando trazida à análise a partir dos paradigmas ecológicos, revela um especial cuidado com a defesa do meio ambiente e a garantia do desenvolvimento nacional sustentável, estabelecendo ser a defesa do meio ambiente um dos princípios orientadores da ordem econômica.

2.1 Os Princípios Norteadores da Ordem Econômica: os Limites à Livre Iniciativa Frente à Preocupação Ecológica

A Constituição Federal, em seu art. 170, além de especificar os alicerces e objetivos da ordem econômica, elenca um extenso rol de princípios que devem norteá-la, tais como: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução da desigualdade regionais e sociais; busca do pleno emprego; e, por fim, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Como condutor da ordem econômica, cabe ao Estado compatibilizar, de maneira sistemática, a observância aos seus princípios vetores.

Ao discorrer sobre os limites do princípio da livre iniciativa, Luís Roberto Barroso (2001, p. 187) acentua que este deve ser ponderado com outros valores e fins públicos previstos no texto da Constituição, sujeitando-se à atividade reguladora e fiscalizadora do Estado, cujo fundamento é a efetivação das normas constitucionais destinadas a neutralizar

ou reduzir as distorções que possam advir do abuso da liberdade de iniciativa e aprimorar-lhe as condições de funcionamento.

Nesse aspecto, encontra-se na legislação inúmeros preceitos visando conciliar o livre exercício da atividade econômica com a defesa do meio ambiente no intuito de alcançar o desenvolvimento nacional sustentável.

A título exemplificativo, pode-se citar a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº. 14.133/2021) que institui, dentre os seus princípios norteadores e objetivos da licitação pública, a busca pelo desenvolvimento nacional sustentável.

No âmbito estritamente ambiental, a Lei nº 6.938/1981 dispõe, em seu art. 4º, inciso I, que a Política Nacional do Meio Ambiente visará, dentre outros objetivos, à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico.

Registre-se que a Política Nacional do Meio Ambiente elenca, em seu art. 9º, alguns instrumentos como forma de alcançar seus objetivos, tais como o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental, avaliação de impactos ambientais e o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras.

No tocante ao licenciamento ambiental, o art. 10 da Lei nº. 6.938/1981 assevera que *“a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental”* (BRASIL, 1981).

Note-se, portanto, que o exercício da livre iniciativa para atividades que venham a utilizar recursos ambientais e possam causar danos ao meio ambiente sofre maior controle do aparato Estatal, submetendo o seu início a procedimento administrativo onde serão avaliados os danos possivelmente provocados. Caso seja concedida a licença ambiental, serão estabelecidas as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, consoante previsto na Resolução nº. 237 do CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente.

Por sua vez, a Lei Complementar nº. 140/2011 estabelece diversas normas para cooperação entre os entes federativos nas ações administrativas relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora.

Nesse arcabouço normativo são previstas variadas regras de competência e procedimentais para o licenciamento ambiental de empreendimentos utilizadores de recursos ambientais.

Inobstante o farto arcabouço legislativo acerca da matéria ambiental, os limites existentes entre o exercício da livre iniciativa e a defesa da qualidade ambiental já foram alvo de debate judicial.

No voto proferido na ADI 3540/DF, o Ministro Celso de Melo asseverou, em apertada síntese, que *“a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica”* (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2005).

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar as ADI’s nº 3406 e 3470, também calcado na preocupação ecológica, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995, que permitia a extração, industrialização, comercialização e distribuição do uso do amianto na variedade cristolita no País (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2017).

No âmbito internacional, a preocupação com o desenvolvimento sustentável também ganha especial revelo. Tanto a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima como o Protocolo de Kyoto visam a redução da emissão de gases que agravam o efeito estufa na atmosfera, de modo a reduzir o impacto das ações humanas no sistema climático do planeta, a fim de que o desenvolvimento econômico não interfira mais ainda na higidez do meio ambiente.

Cumpram igualmente mencionar o Acordo de Paris, adotado pelos países signatários da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima durante a 21ª Convenção das Partes – COP21, no qual os países signatários assumiram o compromisso de, em síntese, fortalecer a resposta global à ameaça da mudança do clima, no contexto do desenvolvimento sustentável e dos esforços de erradicação da pobreza, com a implementação de medidas, dentre outras, para reduzir a emissão de dióxido de carbono a partir de 2020.

Registre-se que a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU declarou o acesso ao meio ambiente limpo e saudável como um direito humano universal (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2022).

Nesse cenário, deve-se buscar equilíbrio na linha tênue existente entre desenvolvimento econômico e desenvolvimento ambiental. Nas palavras de Paulo Affonso Leme Machado (2007, p. 145), é preciso integrar o desenvolvimento ambiental, econômico e social em busca do chamado desenvolvimento sustentado.

A rigor, equilibrar o desenvolvimento econômico, através da harmonização da livre iniciativa com a manutenção da qualidade ambiental, não é tarefa das mais fáceis. Não há

fórmula pronta ou conceito predisposto capaz de conceder solução firme para todos os casos.

Faz-se imprescindível, para tanto, uma análise em concreto de cada situação, utilizando-se dos instrumentos previstos na Política Nacional do Meio Ambiente, em especial o licenciamento ambiental, com a realização do Estudo Prévio de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA, a fim de que se avalie o grau de prejudicialidade de determinada atividade ao meio ambiente e se sua aprovação é possível com a adoção de condicionantes e medidas mitigadoras, de modo a compatibilizá-la com o desenvolvimento sustentável.

Ainda quando inicialmente verificada certa compatibilização entre o exercício da livre iniciativa e o desenvolvimento sustentável, a segurança jurídica emerge como outro ponto sensível em relação à matéria ambiental.

2.3 A (In)Segurança Jurídica Em Matéria Ambiental

No plano ambiental, o tema da segurança jurídica ganha contornos peculiares em virtude da indisponibilidade da higidez ambiental, do seu caráter intergeracional e de sua natureza de direito metaindividual.

Nesse aspecto, a doutrina e a jurisprudência apontam incidir em matéria ambiental a responsabilidade objetiva calcada na teoria do risco integral, de modo que nem mesmo as excludentes de ilicitude seriam capazes de afastar a responsabilidade do causador do dano ao meio ambiente.

Ainda em relação à responsabilidade civil, o Superior Tribunal de Justiça sumulou entendimento no sentido de que as obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2018)

Correlacionando a necessidade de proteção ao meio ambiente com a livre iniciativa e com a segurança jurídica, verifica-se que este último preceito apresenta certa fragilidade.

Em linhas anteriores foi destacado o papel do Poder Público na proteção ao meio ambiente e a necessidade de obtenção de licenciamento ambiental para o exercício de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras.

Como bem assevera a professora Odete Medauar (2017, p. 226), o direito administrativo e o direito ambiental mantêm vínculos estreitos, na medida em que este se utiliza de alguns institutos e normas daquele, conferindo-lhes, por vez, feição peculiar, como é o caso da licença e do licenciamento ambiental.

Nesse aspecto, ao contrário da licença administrativa, que se apresenta como ato vinculado, a licença ambiental é ato discricionário da Administração que, avaliando os impactos ambientais do empreendimento, analisa a conveniência e a oportunidade de sua concessão.

Outrossim, ainda que concedida a licença, não haverá direito adquirido do empreendedor em continuar no exercício da atividade outrora autorizada, considerando o teor da Súmula nº. 613 do Superior Tribunal de Justiça, que assenta a inaplicabilidade da teoria do fato consumado em matéria ambiental.

O caráter precário da licença ambiental, quando confrontado com o princípio da proteção da confiança, revela a fragilidade da segurança jurídica em matéria ambiental.

Gustavo Binenbojm (2014, p. 186-188) aponta que a segurança jurídica é uma das ideias mais caras ao Estado de direito, representando um verdadeiro princípio implícito, sendo um requisito necessário para que um ordenamento jurídico possa qualificar-se como justo.

No âmbito dos atos exarados pela administração pública, tal como a ora estudada licença ambiental, a segurança jurídica restaria, em tese, ainda mais realçada diante da presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Todavia, não é isso que se observa. Precariedade e instabilidade são características marcantes da licença ambiental, revelando-se necessário, por conseguinte, examinar os efeitos jurídicos advindos desses atributos, sob o prisma do princípio da proteção da confiança ou confiança legítima.

Ao tratar do princípio da proteção da confiança em relação a atos da administração pública, o professor Valter Shuenquener de Araújo (2016, p. 213) assevera que o ato administrativo, por se manifestação do exercício da autoridade estatal e dotado de presunção de legitimidade, gera confiança nas mentes de seus destinatários e, por isso, estes devem receber adequada proteção do ordenamento jurídico.

Ao exemplificar as formas de proteção, Valter Shuenquener de Araújo (2016, p. 269-292) elenca a proteção procedimental, referente ao direito de ser ouvido e de se manifestar previamente à supressão de uma expectativa que possua, e a proteção substancial, seja por meio da preservação do ato, da criação de regras de transição ou até mesmo da proteção compensatória.

Por outro lado, no tocante à proteção substancial, uma vez revogada a licença ambiental, restará ao empreendedor tão somente a proteção compensatória, tendo em vista

a impossibilidade de preservação do ato ou até mesmo a remota hipótese de criação de regras de transição, diante da indisponibilidade do bem ambiental.

Em última análise, restará ao empreendedor ingressar no Poder Judiciário com demanda indenizatória buscando reparar eventuais danos em virtude da mudança do regime jurídico ambiental então adotado, recaindo na já estudada litigância climática.

No intuito de prevenir o surgimento desse estado conflituoso, revela-se necessário ampliar a consensualidade entre a Administração e o administrado, de modo que ambos atuem no intuito de preservar o meio ambiente e alcançar o desenvolvimento sustentável.

No entanto, para que esses interesses convirjam é necessário ocorrer o que Fritjof Capra e Ugo Matteis (2018, p. 246-253) denominam de revolução ecojurídica, com o surgimento de uma narrativa que torne o comportamento ecológico atraente, além da alfabetização ecológica da sociedade e da adoção de um *design* ecológico, com a reformulação radical de nossas tecnologias e instituições sociais.

Revela-se, portanto, necessário avaliar a concessão de maior segurança jurídica em matéria ambiental, sob o prisma da confiança legítima, de forma a galgar maiores investimentos em temas que envolvam a questão ambiental, prestigiando-se, dessa forma, os interesses da sociedade

3 Conclusão

Observou-se que a Constituição de 1988 representou um grande avanço ao tratar da matéria ambiental com uma abrangência e importância inédita no ordenamento jurídico. Pátrio. Alçado a direito fundamental, a proteção ao meio ambiente deve ser objeto de esforços do Poder Público e da coletividade para concretizá-lo.

Nesse sentido, é dever do Estado harmonizar o livre exercício da atividade econômica com os aspectos valiosos da vida em comunidade e resguardar a dignidade da pessoa humana, em especial a proteção ambiental.

Por outro lado, a busca pelo equilíbrio entre a livre iniciativa e o desenvolvimento ambiental é tarefa árdua, revelando-se imprescindível a utilização, a partir de cada caso em concreto, dos instrumentos previstos na Política Nacional do Meio Ambiente, em especial o licenciamento ambiental.

No entanto, ainda que utilizados todos os mecanismos legalmente estipulados, o exercício da livre iniciativa padece de uma maior segurança jurídica no plano ambiental, diante do caráter precário da licença ambiental e da inaplicabilidade da teoria do fato consumado.

Referências

ALEXY, R. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARAÚJO, V.S.. O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2016.

BARROSO, L.R.. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out. 2001. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47240>. Acesso em: 30 Mai. 2018.

BINENBOJM, G. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BONAVIDES, P. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. Malheiros: São Paulo, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF: 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 30 mai. 2018.

_____. Conama deve editar nova resolução sobre qualidade do ar em dois anos, decide STF. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 13 de ago de 2022.

_____. STF proíbe contingenciamento dos recursos do Fundo Clima. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 13 de ago de 2022.

_____. STF derruba decretos presidenciais e restabelece participação da sociedade civil em órgãos ambientais. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 13 de ago de 2022.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3540/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator Celso de Mello. Julgado em 01/09/2005. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 13 de ago de 2022.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3406/RJ. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Relatora Ministra Rosa Weber. Julgado em 29/11/2017. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 13 de ago de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº. 623, de 12 de dezembro de 2018. As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor. Disponível em: Súmula 623 | Ministro Diretor da Revista | Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça (stj.jus.br). Acesso em 13 de ago de 2022.

CANOTILHO, J.J Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPRA, F; MATTEI, H. A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo: Editora Culturix, 2018.

COSTA NETO, N.S.C. e. Proteção Jurídica do meio ambiente: florestas. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GRAU, E. A ordem econômica na Constituição de 1988. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MACHADO, P.A.L. Direito Ambiental Brasileiro. 15ª ed. Malheiros: São Paulo, 2007.

MEDAUAR, O. O direito administrativo em evolução. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MENDES, G.F.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU declara que meio ambiente saudável é um direito humano. Disponível em: ONU declara que meio ambiente saudável é um direito humano | As Nações Unidas no Brasil. Acesso em 13 de ago de 2022.

SARLET, I.W.; FENSTERSEIFER, T. Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Directiva UE 2016/680, Dados Pessoais e Redes Sociais: a sua Utilização em Processos Penais*

Bruno de Oliveira Moura[♦]

Sumário: 1. Aproximação. 2. A distinção entre serviços de inteligência, segurança pública e persecução criminal. 3. O enquadramento normativo. 3.1. A Directiva UE 2016/680 como *lex specialis* em relação ao Regulamento UE 2016/679. 3.2. A existência de regimes especialíssimos. 4. A utilização de dados pessoais em processos penais. 4.1. Breve alusão à Lei n.º 59/2019, de 8 de Agosto. 4.2. Soluções já conhecidas no Código de Processo Penal e na legislação esparsa. 4.3. O novo paradigma pré-preventivo (pré-cognitivo): a aposta na antecipação probatória (pré-informação) através de bancos de dados pessoais (o exemplo do terrorismo). 5. A utilização de redes sociais em processos penais. 5.1. Alguns sinais da tendência actual. 5.2. Perfis públicos (abertos), perfis semipúblicos (restritos) e perfis privados (fechados). 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

Resumo: O artigo aborda as especificidades da Directiva UE 2016/680, no que se refere à utilização de dados pessoais no âmbito da persecução criminal, bem como o seu impacto na ordem jurídica portuguesa, tendo em conta as disposições nacionais já existentes nesta matéria, com especial destaque para a exigência de limitação da finalidade. Também se analisa se e em que medida os dados pessoais tratados pelas redes sociais podem ser utilizados como material probatório em processos penais. Em jeito de conclusão, sustenta-se que a admissibilidade da utilização de dados pessoais neste contexto passa pela necessidade de conciliação entre os princípios do Direito Processual Penal e os princípios da protecção de dados pessoais em um novo paradigma pré-preventivo (pré-cognitivo) de Direito Penal e de Direito Probatório, o que inclui a resistência ao movimento de privatização da persecução criminal.

Palavras-chave: Direito Processual Penal; Directiva UE 2016/680; persecução criminal; direito à autodeterminação informacional; dados pessoais; redes sociais; inteligência artificial; terrorismo.

Abstract: The article addresses the specificities of EU Directive 2016/680, with regard to the use of personal data in the context of criminal prosecution, as well as its impact on the Portuguese legal system, taking into account the existing national provisions in this matter, with special emphasis on the purpose limitation requirement. It also analyzes whether and to what extent the personal data processed by social networks can be used as evidence in criminal proceedings. In conclusion, it is argued that the admissibility of the use of personal data in this context involves the need to conciliate the principles of Criminal Procedural Law and the principles personal data protection in a new pre-preventive (pre-cognitive) paradigm of Criminal Law and Evidence Law, which includes resistance to the privatization of criminal prosecution.

Keywords: Criminal Procedural Law; Directive EU 2016/680; prosecution of criminal offences; right to informational self-determination; personal data; social media; artificial intelligence; terrorism.

1. Aproximação

Nem seria preciso dizer que é cada vez maior o volume de dados pessoais — também conhecidos como «dados nominativos» — tratados por diversas instâncias. E que, por isso mesmo, também é cada vez mais candente a problemática em torno da protecção da

* O presente artigo é o desenvolvimento de ideias que serviram de apoio para a minha intervenção, com o mesmo título, em 27 de Abril de 2023, no curso de formação livre *Law & Tech - Inteligência Artificial e Direito Penal*, realizado pela Faculdade de Direito da Universidade Lusófona (C. Lisboa) e pelo CEAD Francisco Suárez.

♦ Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona (C. Lisboa). Investigador Integrado do CEAD Francisco Suárez. ORCID 0000-0002-5218-955X. Contacto: bruno.oliveira.moura@ulusofona.pt

autonomia informacional dos seus titulares. Este tem sido um tema central nas últimas décadas, pelo menos na cultura jurídica ocidental, muito por influência do Direito Europeu¹, aí emergindo uma malha normativa extensa e complexa, repleta de conceitos de natureza técnica.

Neste emaranhando de disposições, diferentes regimes tentam conviver da maneira mais harmónica possível. Com efeito, sem prejuízo do regime básico contido no Regulamento UE 2016/679, de 27 de abril (RGPD), há outros regimes especiais, com destaque para aquele que vem estabelecido pela Directiva UE 2016/680, também de 27 de Abril, sobre o tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infracções penais ou execução de sanções penais (DPDP). Sendo certo que, na comparação com o primeiro, o segundo é “uma parte pouco conhecida e algo negligenciada, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, ao nível do estudo da protecção de dados”².

A vertente jurídico-criminal da protecção de dados não aparece só no contexto da responsabilização por vazamento (*data breach*)³. Pois o próprio processo penal é um terreno de discursividade muito habituado, nas suas rotinas diárias, ao tratamento de dados pessoais, designadamente aqueles que permitem a identificação do *visado* (*suspeito ou arguido*)⁴. Afinal, a responsabilidade criminal é *intuitu personae*. Não por acaso, as diferentes legislações dos Estados-Membros já contemplam uma série de normas que, directa ou indirectamente, protegem as pessoas singulares no tocante à utilização dos seus dados para fins de persecução penal.

Porém, tal não afasta a importância de compreender o sentido e o alcance da DPDP, ou seja, o seu potencial impacto não apenas para a releitura de normas nacionais já existentes e suficientemente consolidadas, mas também para a criação de novas leis. Sobretudo em um mundo exponencialmente digital, onde as chamadas «redes sociais» — como *Facebook*,

¹ A pedra angular nesta evolução foi a Convenção (108) do Conselho da Europa para a Protecção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal (Estrasburgo, 1981), com a consagração de princípios jurídicos que inspiraram e continuam a inspirar as mais diferentes legislações em todo o mundo.

² Enquanto o RGPD é o “texto legislativo com maior impacto”, “objecto de grande debate jurídico e académico”: MAGRIÇO, Manuel Aires, «Notas sobre o regime instituído pela Directiva n.º 2016/680 da União Europeia sobre a proteção de dados pessoais para efeitos de prevenção, deteção e repressão de infracções penais», *Revista do Ministério Público* 173 (2023), p. 49.

³ Ao invés de muitos: FIGUEIREDO, Alani Caroline Osowski, «Vazamento de dados pessoais: uma análise do art. 66.º do Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal», D’AVILA, Fabio Roberto / AMARAL, Maria Eduarda Azambuja (Orgs.), *Direito e tecnologia*, Porto Alegre: Citadel, 2022, p. 293 s.

⁴ Para as categorias de titulares de dados em matéria penal, veja-se abaixo, item 3.1. Não ignoro, obviamente, o problema da protecção dos dados pessoais de testemunhas, que continua a ser relativizado à luz do dever de declaração verídica que sobre elas recai (abaixo, nota 14, *in fine*).

YouTube, Instagram, TikTok, Snapchat, Twitter e LinkedIn, para nomear as mais conhecidas — aparecem como um grande armazém para a «mineração» (prospecção) de dados pessoais dos seus usuários, não raro utilizados para a sua (não consentida) «perfilização», o que inclui a possibilidade de emprego de novas tecnologias, como a inteligência artificial.

Neste pressuposto e tendo em conta somente as informações⁵ titularizadas pelos visados (suspeitos ou arguidos) em processos penais (item 2), além de sublinhar algumas particularidades da DPDP em relação ao RGPD e ponderar a justificação desta duplicidade de regimes (item 3), convém examinar como o legislador português transpôs a Directiva UE 2016/680 para a ordem jurídica interna, em articulação com os preceitos do Código de Processo Penal (item 4). E avaliar se a utilização, como elemento probatório em processo penal, de dados pessoais lançados em redes sociais já está coberta pelas leis em vigor. O que passa pela discussão sobre a possibilidade de impor legalmente às empresas responsáveis pela gestão daqueles espaços virtuais um autêntico dever jurídico de colaboração com órgãos de polícia criminal e as autoridades judiciárias (item 5).

2. A Distinção entre Serviços de Inteligência, Segurança Pública e Persecução Criminal

A abordagem aqui proposta está cingida à utilização de dados pessoais e redes sociais *no processo penal*, entendido na sua acepção mais tradicional (embora não estrita). Isto é: enquanto procedimento no qual se materializa (prepara, executa e consuma) a *persecutio criminis in iudicio* de um facto criminoso passado (já praticado), nas suas diferentes etapas e com os seus distintos intervenientes, começando na fase de inquérito, sob a direcção do Ministério Público e com a colaboração dos órgãos de polícia criminal, e avançando judicialmente, nos tribunais, através das fases de instrução⁶ e de julgamento⁷.

Esta é uma observação nenhum pouco supérflua. Pois ela é crucial para a gradação das autorizações (faculdades) de intervenção informacional do Estado. Cumpre não ceder à tentação de misturar ou confundir três actividades oficiais bem diversas, não obstante intimamente ligadas, cuja distinção funcional e institucional constitui uma premissa — quer da teoria geral do Estado, quer da teoria geral do Direito — que, não sendo ainda uma relíquia

⁵ Não desconheço a distinção teórico-conceitual entre «dados» e «informações» (adiante, nota 68). Contudo, aqui, para simplificação do discurso, utilizarei as duas expressões indiferenciadamente (como sinónimos).

⁶ A qual, no processo penal português, é uma fase meramente facultativa, dependendo de requerimento do arguido ou do assistente (arts. 286.º e 287.º do CPP).

⁷ Deste jeito de excluir a vertente da *prevenção* (propriamente dita), também objecto da Directiva UE 2016/680. Por certo, nesta dimensão as redes sociais e a inteligência artificial podem prestar bons contributos, como já fazem, *u.g.*, no terreno da saúde mental, com a detecção (precoce) de conteúdos relacionados com a automutilação e o suicídio.

histórica, merece ser relembrada, mormente em tempos de deriva preventivista⁸: a *separação informacional de poderes*.

Primeiramente, nos *serviços de inteligência* há uma coordenada de *precaução* (*Vorsorge*) que opera uma lógica prospectiva no *campo prévio* (*Vorfeld*) à verificação de um perigo ou suspeita contra a segurança comunitária (interna ou externa): o Estado *prescinde de um ensejo* para justificar a sua actuação, a qual, por isso mesmo, se traduz em intervenções de carácter exclusivamente informacional, desacompanhadas sem outras intrusões na esfera jurídica do cidadão.

Por sua vez, na *segurança pública* há uma coordenada de *prevenção* que opera uma lógica prospectiva voltada para a *protecção contra um perigo* (ou perigos), sendo este(s) último(s) — em regra (nem sempre) ligado(s) a um concreto *perturbador* (*Störer*) — o ensejo que justifica a actuação do Estado, a qual, por isso mesmo, se traduz não apenas em intervenções de carácter informacional, mas também em intervenções coercitivas típicas do Direito de Polícia, com uma adicional carga de intrusão na esfera jurídica do cidadão.

Por último, na *persecução criminal* há uma coordenada de *repressão* que opera segundo uma lógica retrospectiva de *confirmação de uma suspeita*, sendo esta última o ensejo que justifica a actuação do Estado, a qual, por isso mesmo, contempla intervenções coercitivas com elevado ou máximo potencial de afectação da liberdade dos cidadãos, como a aplicação das medidas de coacção — atendendo a exigências estritamente processuais⁹ ou ainda político-criminais¹⁰ — ou das consequências jurídicas do delito (penas e medidas de segurança)¹¹.

⁸ Um exemplo da dissolução das fronteiras entre o Direito de Inteligência, o Direito de Polícia e o Direito Processual Penal pode ser encontrado na tese de relativização da proibição de valoração da prova obtida através de tortura, em particular no contexto do combate ao terrorismo: MOURA, Bruno de Oliveira, «A propósito da chamada ‘tortura salvadora’: outra ‘quebra de tabu’, agora relativamente à valoração da prova?», *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 101 (2013), p. 234, 235, 251 e 252 (nota 83).

⁹ Formuladas através dos conhecidos princípios gerais da tutela cautelar (arts. 191, n.º 1, e 193.º, n.º 1, do CPP): *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

¹⁰ Se não vejo mal, o requisito geral (art. 204.º, n.ºs 1, alínea *i*), 2 e 3 do CPP) do *perigo de continuação da actividade criminosa* só muito dificilmente poderá ser explicado pela lógica acessória (instrumental) de acautelamento do processo, isto é, pela necessidade de reunir as condições adequadas para uma posterior, definitiva e eficaz decisão de mérito. Trata-se, antes, da expressão de uma aposta substantiva na prevenção da delinquência.

¹¹ Sobre tudo isso, atrelando a separação informacional de poderes ao princípio da vinculação finalística: GLEIZER, Orlandino / MONTENEGRO, Lucas / VIANA, Eduardo, *O direito de protecção de dados no processo penal e na segurança pública*, Madri / São Paulo: Marcial Pons, 2021, p. 50 s., 56 s., com a proposta de parâmetros de licitude para o compartilhamento de dados pessoais entre os órgãos de segurança pública e os órgãos de persecução penal. Na mesma linha, enfatizando o “imperativo de separação” entre o Direito Processual Penal, o Direito de Polícia e o Direito de Inteligência: GRECO, Luís, «O inviolável e o intocável no direito processual penal: considerações introdutórias sobre o processo penal alemão e suas relações com o direito constitucional, o direito de política e o direito dos serviços de inteligência», WOLTER, Jürgen, *O inviolável e o intocável no direito processual penal. Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, protecção de dados e separação informacional de poderes diante da persecução penal*, Madri / São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 44 s., 51 s., vendo uma tendência de “policialização” ou “inteligencialização” do Direito Processual Penal (p. 57).

Postular a conservação deste modelo diferenciador é importante por dois motivos. Primeiramente porque, havendo na contemporânea «sociedade do risco» — que pode ser igualmente vista, em uma perspectiva mais semiótica¹², como «sociedade da informação»¹³ — um verdadeiro culto a (ou mesmo fetiche por) tudo aquilo que é *preventivo*, como o suposto alfa e ómega da ordem normativa que integra o Direito Penal, aquela destrição não deixa de constituir um parâmetro de racionalização (controlo) do exercício do poder do Estado, nesta medida contribuindo para evitar a sua degeneração em mero arbítrio ou pura violência.

De resto, a distinção entre aqueles três braços ou segmentos da actividade estadual é crucial para compreender o sentido e o alcance de uma das garantias mais fundamentais do cidadão em matéria de protecção de dados nominativos: o *princípio da vinculação finalística*¹⁴. Pois, *v.g.*, se a lei autoriza a *recolha* de uma informação capaz de permitir a identificação de uma pessoa determinada ou determinável para os fins dos serviços de inteligência, a mesma não poderá ser tratada — caso não haja ressalva legal que contemple a alteração ou diversidade do propósito — para fins de segurança pública e/ou de persecução penal. E vice-versa. Uma limitação que ganha ainda mais relevância diante da tendência de proliferação de *bancos de dados pessoais* para as mais variadas finalidades, muitas delas securitárias (adiante, item 4.3).

3. O Enquadramento Normativo

O Regulamento UE 2016/679, de 27 de Abril, e a Diretiva UE 2016/680, aprovada na mesma data, integram (com vários outros diplomas) uma ampla e intrincada teia normativa que visa densificar o direito fundamental à autodeterminação informacional, enquanto garantia do direito fundamental à reserva da vida privada¹⁵, tal como previsto no

¹² O que, no mais, só reforça a existência de condições propícias para a emergência do novo paradigma pré-cognitivo, centrado na compilação de pré-informação (a seguir, item 4.3.).

¹³ A este propósito, em defesa da reserva de jurisdição para acesso a relatórios de inteligência criminal: SCHNEIDER, Maurá Duro, «Proteção de dados, investigação criminal e eficiência: entre limites e possibilidades no compartilhamento do RIF para os órgãos de persecução penal», D'AVILA, Fabio Roberto / AMARAL, Maria Eduarda Azambuja (Orgs.), *Direito e tecnologia*, Porto Alegre: Citadel, 2022, p. 304 s.

¹⁴ Referências acima, na nota 11. Ou simplesmente princípio da limitação da finalidade: os dados pessoais só podem ser tratados para o mesmo fim que orientou a sua recolha, embora sem excluir a previsão legal expressa da possibilidade da sua reutilização para outros fins, desde que isso seja proporcional: MILANEZI, Raissa de Cavassin, «Análise do estado da arte do Banco Nacional de Perfil Genético e Multibiométrico à luz da Lei Geral de Proteção de Dados», D'AVILA, Fabio Roberto / AMARAL, Maria Eduarda Azambuja (Orgs.), *Direito e tecnologia*, Porto Alegre: Citadel, 2022, p. 333 e 336 (nota 39), chamando a atenção para situações de “zona cinzenta” entre diferentes finalidades de tratamento de dados nominativos. Essencial neste ponto: WOLTER, Jürgen, *O inviolável e o intocável no direito processual penal. Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados e separação informacional de poderes diante da persecução penal*, Madri / São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 170 (nota 64), 175 s., 186 s., 207 s., onde também alerta para a deficiente protecção de dados pessoais de testemunhas (p. 162 e 163).

¹⁵ Pormenorizadamente acerca da relação entre estas duas posições jusfundamentais e com muitas considerações pioneiras em sede de protecção de dados pessoais no Direito Penal, incluindo a vertente adjectiva

artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)¹⁶ e no artigo 16.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Tais instrumentos formalizam, no horizonte desta organização supranacional, os dois principais regimes de protecção de dados pessoais. Não obstante a existência, da outra banda, de autênticos regimes especialíssimos.

3.1. A Directiva UE 2016/680 como *Lex Specialis* em Relação ao Regulamento UE 2016/679

Como se sabe, o RGPD¹⁷ é a regra. Apesar de contemplar a protecção no tocante ao tratamento de dados pessoais relacionados com condenações penais e crimes ou com medidas de segurança conexas (arts. 1.º e 10.º) para outros fins (nomeadamente civis ou administrativos), ele exclui *expressis verbis* a protecção no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda de ameaças à segurança pública (art. 2.º, n.º 2, *d*)), remetendo (considerando 19) esta temática precisamente para a Directiva UE 2016/680¹⁸. A qual estabelece, assim, o *regime especial* a este propósito (art. 1.º).

Esta dualidade de regimes pode ser explicada por um aspecto histórico. Ela remonta ao Direito anterior¹⁹, baseado na *antiga estrutura dos três pilares*, que diferenciava — sujeitando a respectiva disciplina a processos legislativos distintos — entre o tratamento de dados no mercado interno (Directiva 95/46/CE) e o tratamento de dados na seara da cooperação policial e judiciária em matéria penal (Decisão-Quadro 2008/977/JAI). A pergunta que se coloca é a seguinte: justifica-se uma tal duplicidade, mormente se considerarmos que o Tratado de Lisboa, em uma lógica de simplificação e fusão, já havia acabado, aquando da discussão que antecedeu a aprovação da DPDP²⁰, com a antiga estrutura dos pilares?

Uma resposta negativa pode ser elaborada como crítica legística, apontando para uma situação de “poluição legislativa”. Pois, em primeiro lugar, seria ilusória e artificial a distinção

(processual): FARIA COSTA, J / MONIZ, H, «Algumas reflexões sobre a criminalidade informática em Portugal», *Boletim da Faculdade de Direito* 73 (1997), p. 304 s., 307 s., 322 s., 343 s.

¹⁶ Enquanto desdobramento do direito à privacidade, consignado no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).

¹⁷ Cujas execução, entre nós, está assegurada pela Lei n.º 58/2019, de 8 de Agosto.

¹⁸ Revogando a Decisão-Quadro 2008/977/JAI, considerada pouco eficaz no atendimento dos seus objectivos.

¹⁹ Antes integrando o chamado 3.º pilar e sendo obrigatoriamente regida por directivas, a cooperação policial e judiciária em matéria penal (enquanto componente do espaço de liberdade, segurança e justiça) passou a estar sujeita ao processo legislativo ordinário, podendo ser objecto de diferentes instrumentos normativos do Direito da União Europeia, isto é, não apenas as directivas, mas também os regulamentos e as decisões, não havendo, neste respectivo, nenhuma distinção quanto aos dados pessoais (veja-se o art. 16.º, n.º 2, do TFUE). Sobre esta “despilarização” de competências: MOURA, Bruno de Oliveira, «O tratado de Lisboa e a legitimidade do Direito Penal e Processual Penal Europeu emergente», *Revista Liberdades* 8 (2011), p. 31 s., 39 s.

²⁰ MITSILEGAS, Valsamis, *EU Criminal Law*, Portland: Hart Publishing, 2009, p. 272 s.

entre *dados pessoais para fins comerciais*²¹ e *dados pessoais para fins de cooperação policial e judiciária em matéria penal*: dados recolhidos e tratados por entidades privadas para fins comerciais podem ser acedidos, ao abrigo de mecanismos interoperabilidade recíproca, por autoridades públicas — incluindo os órgãos de persecução criminal — para outros fins e vice-versa. Em segundo lugar, seria muito difícil delimitar, sem sobreposição, o âmbito de aplicação de cada um daqueles dois instrumentos normativos: há muitas repetições de definições e princípios, o que é pouco compatível com o axioma da economia²² (navalha de Ockham)²³.

Porém, não considero que estas objecções sejam determinantes. Na verdade, elas podem ser revertidas com boas razões. Por um lado, convém frisar que aquele primeiro argumento tem origem no *common (case) law*²⁴, não sendo transponível, sem mais, para a tradição do *civil law*, cunhada por uma rígida compreensão do princípio da legalidade penal, em particular pela ideia de que *normas de competência* não geram nem implicam automaticamente quaisquer *normas de autorização*²⁵. Quanto ao segundo argumento, cumpre reconhecer que a DPDP contempla importantes aspectos de substância — não meramente formais — que não encontram correspondência no RGPD²⁶.

Em concreto e diversamente deste último, a Directiva UE 2016/680 impõe (i) a *distinção entre categorias de titulares de dados* (art. 6.º), designadamente suspeitos, arguidos, condenados e terceiros (vítimas, testemunhas e outros), bem como (ii) a *distinção entre dados pessoais baseados em factos e dados pessoais baseados em apreciações pessoais* (art. 7.º)²⁷, obrigando (iii)

²¹ Artigo 1.º pilar.

²² *Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*.

²³ No sentido da crítica: OLIVEIRA, Inês, «Os regimes especiais de proteção de dados pessoais: exemplos de poluição legislativa da União Europeia?», COUTINHO, Francisco Pereira / MONIZ, Graça Canto, *Anuário de Proteção de Dados*, Lisboa: CEDIS, 2019, p. 160 s., 171 s.

²⁴ DE HERT, Paul / PAPAKONSTANTINO, Vagelis, «The proposed data protection Regulation replacing Directive 95/46/EC: A sound system for the protection of individuals», *Computer Law & Security Review* 28 (2012), p. 132.

²⁵ GRECO, Luís, «O inviolável e o intocável no direito processual penal: considerações introdutórias sobre o processo penal alemão e suas relações com o direito constitucional, o direito de política e o direito dos serviços de inteligência», p. 37 s., reforçando que a legitimidade das intervenções informacionais não depende apenas da proporcionalidade (requisito material) da restrição jusfundamental, mas também da previsão legal de normas autorizativas específicas (requisito formal). Também assim: GLEIZER, Orlandino / MONTENEGRO, Lucas / VIANA, Eduardo, *O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública*, p. 42 s., 116 s.

²⁶ Não obstante a ampla convergência (cf. o art. 5.º do RGPD e o art.º 4 da DPDP) quanto aos princípios reitores do tratamento de dados pessoais: licitude e lealdade; minimização; exactidão; limitação da conservação; integridade e confidencialidade; e responsabilidade pelo cumprimento dos demais princípios. Uma nítida exceção diz respeito ao *princípio da transparência*, que não se aplica à investigação criminal, por se tratar de uma actividade tendencialmente sigilosa em relação ao visado (suspeito ou arguido): GIANNAKOULA, Athina / LIMA, Dafni / KAIAFA-GBANDI, Maria, *Combating Crime in the Digital Age: a Critical Review of EU Information Systems in the Area of Freedom, Security and Justice in the Post-Interoperability Era. Challenges for Criminal Law and Personal Data Protection*, Leiden: Brill, 2020, p. 43 s. Não cabe negar, por outro lado, que há, neste contexto, uma suavização quer do princípio da exactidão, quer do princípio da limitação da finalidade (infra, notas 27, 32-34, 61 e 62).

²⁷ O que, em certa medida, envolve alguma relativização do princípio da exactidão, com um menor rigor no tocante à qualidade dos dados e a conseqüente assimilação de informações de natureza meramente especulativa — boatos e rumores — para eventual confirmação no decurso de uma posterior investigação criminal.

a conservação de registos cronológicos das operações nos sistemas de tratamento automatizado (art. 25.º).

Além disso, *(iv)* densifica as restrições aos direitos de informação, acesso, rectificação, apagamento e limitação, no contexto de inquéritos, investigações e outros procedimentos oficiais ou judiciais (art. 13.º, n.º 3, art. 15.º e art. 16.º, n.º 4), quando tal seja necessário para não os prejudicar²⁸, *(vi)* prevendo *especiais condições para a transferência* de dados nominativos para países terceiros ou organizações internacionais (art. 35.º). No mais, *(vi)* não atribui poderes sancionatórios²⁹ às autoridades de controlo nacionais (art. 45.º) — sendo igualmente certo que, no exercício das suas competências processuais³⁰, os tribunais e o MP não estão sujeitos à fiscalização por aquelas entidades (art. 43.º, n.º 2)³¹ — e *(vii)* aceita uma clara *relativização*³² (art. 4.º, n.º 2, e considerando 29) do princípio da vinculação finalística³³ (abaixo, item 4)³⁴.

Por último³⁵, a DPDP reconhece que *o único fundamento legitimador do tratamento de dados pessoais no processo penal é o interesse público especificamente consignado na lei*, no que tange ao apuramento fáctico imprescindível para uma correcta administração da justiça criminal, não sendo admissível outra base jurídica para justificá-lo: o *princípio do consentimento*³⁶ do titular dos

²⁸ Como consequência da não aplicação do princípio da transparência (acima, nota 26).

²⁹ Em Portugal, a Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPd) tem somente poderes de advertência e conformação, o que inclui o dever de comunicar a infracção das normas de protecção de dados pessoais às autoridades judiciárias com competência para apurar a correspondente responsabilidade disciplinar e/ou criminal.

³⁰ Para garantir a independência do poder judicial na tomada de decisões.

³¹ Naturalmente, os magistrados — e os responsáveis do Ministério da Justiça que não assegurem o cumprimento das normas da segurança da informação relativamente aos sistemas informáticos do poder judiciário — que violem as regras aplicáveis são sancionados nos termos disciplinares e/ou criminais gerais. Por sua vez, as partes do litígio são sancionadas apenas processualmente, através da aplicação do regime das nulidades e do regime das proibições de prova.

³² Entendendo que o princípio da especificação da finalidade pode ser afastado em nome de interesses preponderantes (segurança nacional, saúde pública, razões humanitárias, etc.), desde que tal seja expressamente previsto em lei: VAN GENDEREN, Rob van den Hoven, *Cybercrime investigation and the protection of personal data and privacy*, Strasbourg: Council of Europe, 2008, p. 14. Ademais, o Parlamento Europeu reconhece que o teste de proporcionalidade previsto na DPDP (art. 4.º, n.º 2, alínea b)) “é indiscutivelmente menos rigoroso” do que o teste de proporcionalidade previsto no RGPD (artigo 6.º, n.º 4). Cf. o relatório *Assessment of the implementation of the Law Enforcement Directive*, Brussels: European Parliament, 2022, p. 34 s.

³³ No cotejo com a alínea a), do n.º 1, do art. 5.º do RGPD. Veja-se MAGRIÇO, Manuel Aires, *Revista do Ministério Público* 173 (2023), p. 63 s. Recorde-se ainda o que foi dito supra, na nota 14.

³⁴ Cabe ainda ressaltar que o RGPD é aplicável quando uma entidade recolhe dados pessoais para outros efeitos e, em seguida, os trata para cumprir uma obrigação legal a que está sujeita, relacionada, por exemplo, com a prevenção, investigação, detecção ou repressão de infracções penais (alínea d) do n.º 1 do art. 23.º). É o caso das instituições financeiras (adiante, nota 101), quando retêm, para estes fins, certos dados pessoais por si tratados e os fornecem apenas às autoridades nacionais competentes em situações específicas e nos moldes do Direito dos Estados-Membros.

³⁵ E talvez sejam estes os pontos mais determinantes para a autonomização da *lex specialis*.

³⁶ Não é raro ouvir — sobretudo no quadro de orientações normativistas radicais, inspiradas ou não pela ideologia do “Direito Penal do inimigo” — que, ao delinquir, o agente criminoso de algum modo «consente» nas desvantagens ou prejuízos que o facto criminoso implica para a sua própria pessoa, *v.g.*, na acção da vítima em legítima defesa ou mesmo na imposição da respectiva pena. Ora, este é um argumento que não merece acolhida, porque faz tábula rasa do princípio da autonomia do outro: seja o «outro-vítima», seja o «outro-juiz». Sobre isso: MOURA, Bruno de Oliveira, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 101 (2013), p. 242 (nota 49).

dados — que ocupa um papel central no RGPD — é irrelevante (art. 8.º) neste contexto³⁷. Sem falar na sua aptidão para promover uma efectiva harmonização em um assunto de soberania marcado por consideráveis disparidades entre os Estados-Membros, com a reserva, em benefício destes, de uma margem de livre conformação quanto ao modo de cumprimento dos objectivos³⁸. E na afirmação de uma vertente *simbólica* (positiva) do Direito Penal (material e processual): a autonomização de um regime especial nesta matéria sinaliza a ainda maior importância garantística da disciplina normativa precisamente ali onde o tratamento de dados não pode ser fundamentado pelo princípio do consentimento, isto é, como exercício do direito à autodeterminação informativa³⁹, consagrado no artigo 35.º, conjugado com o artigo 26.º, n.º 1, ambos da Constituição da República Portuguesa⁴⁰.

3.2. A Existência de Regimes Especialíssimos

Esta conclusão não significa negar a existência, em alguma medida, de uma verdadeira «poluição legislativa» em matéria de protecção de dados pessoais na União Europeia. Ou pelo menos uma «colcha de retalhos» que só muito dificilmente poderá cobrir as necessidades (tendencialmente opostas) da persecução criminal e da liberdade cidadã. Efectivamente, para além daqueles dois principais segmentos normativos, existem ainda *regimes especialíssimos*, que escapam quer do regime geral, quer do regime especial acabado de referir.

Um deles vem desenhado pela Directiva UE 2016/681, de 27 de abril⁴¹, que estabelece o regime de utilização de dados dos registos de identificação dos passageiros (PNR)⁴² para efeitos de prevenção, detecção, investigação e repressão das infracções

³⁷ É curioso observar que a exigência da *purpose limitation* costuma ter uma ligação mais intensa com o princípio do consentimento, enquanto fio condutor que garante que o fluxo informacional ocorrerá em conformidade com a específica declaração de vontade do titular: VALENTE, Victor Augusto Estevam, *A protecção de dados pessoais no Direito Penal*, Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 67.

³⁸ A escolha de uma directiva — e não um regulamento (com efeito directo) — enquanto instrumento normativo reflecte a opção de permitir aos Estados-Membros alguma flexibilidade no manejo de preceitos que tocam um elemento nuclear do poder soberano (o exercício do *jus puniendi*): MAGRIÇO, Manuel Aires, *Revista do Ministério Público* 173 (2023), p. 53, falando em “um processo a duas velocidades” em matéria dados pessoais na UE.

³⁹ Que, na sua dimensão negativa (de defesa), implica o poder de excluir o Estado ou terceiros do controle das informações sobre a pessoa do titular, e, na sua dimensão positiva (de prestação), implica o poder de exigir a protecção dos dados nominativos através da vedação do tratamento incompatível com os princípios aplicáveis. Sobre este aspecto, com destaque para a recente autonomização jusfundamental (a partir do direito à vida privada) do direito à autodeterminação informacional na ordem jurídica brasileira (art. 5.º, inciso LXXIX, da Constituição): VALENTE, Victor Augusto Estevam, *A protecção de dados pessoais no Direito Penal*, p. 42 s.

⁴⁰ Lembrando que o Tratado de Lisboa também foi responsável pela incorporação da CDFUE no Direito Europeu.

⁴¹ Transposta para a ordem jurídica interna pela Lei n.º 21/2019, de 25 de Fevereiro, que cria (art. 3.º) o Gabinete de Informação de Passageiros, integrado no Ponto Único de Contacto para a Cooperação Policial Internacional, nos termos do n.º 6 do artigo 23.º-A da Lei n.º 53/2008, de 29 de Agosto (Lei de Segurança Interna).

⁴² *Passenger name record*.

terroristas e da criminalidade grave⁴³. Também merece destaque o Regulamento UE 2018/1725, de 23 de outubro, que define o regime de tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos e organismos da União, baseado no princípio do consentimento (arts. 7.º e 8.º).

Este último regramento, no entanto, não é aplicável a entidades com competências para prevenção, investigação, deteção ou repressão de infracções criminais ou execução penais, com exceção do capítulo sobre *dados pessoais operacionais*⁴⁴ no exercício de actividades de cooperação policial e judiciária em matéria penal (arts. 2.º, n.º 3, 70.º e 101.º, n.º 2). Com a ressalva, por outro lado, de que tal regime pode ser derogado — mais uma vez: *especialidade dentro da especialidade* — por normas específicas. O que efectivamente acontece pelo menos no que diz respeito à actuação dos três organismos mais relevantes naquele contexto: a Agência da União Europeia para a Cooperação Policial (*Europol*)⁴⁵, a Agência da União Europeia para a Cooperação Judiciária Penal (*Eurojust*)⁴⁶ e a *Procuradoria Europeia*⁴⁷.

4. A Utilização de Dados Pessoais em Processos Penais

No sentido técnico-jurídico, os dados pessoais são todos e qualquer representação convencional (codificada), em formato analógico ou digital, de factos relativos a pessoa natural (singular) viva, identificada ou identificável. Sem pretensão de exaustividade, esta amplíssima noção — teleologicamente conformada à luz do direito fundamental à autodeterminação informacional — abrange uma vasta gama de elementos muito variados.

Tais como o nome e o apelido, a impressão digital, o registo de voz, o desenho da face, o padrão da íris, a altura e a envergadura, a morada de uma residência ou domicílio, o

⁴³ Seguindo um modelo de vigilância sistemática, contínua e não direccionada, com avaliação automatizada de todos os dados nominativos de todos os passageiros de transporte aéreo. Um regime que chegou a ser criticado, em sede de interpretação correctiva, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em acórdão de 21 de Junho de 2022, com o entendimento de que a Directiva PNR não deve ser aplicada genericamente a vôos dentro da EU, nem à criminalidade grave que não constitua infracção de terrorismo. Na mesma ocasião, aquele órgão censurou ainda um prazo geral de 5 anos para a conservação da informação recolhida, considerando que esta só pode ser conservada se e enquanto houver uma concreta relação de risco envolvendo, no seu pólo activo, o titular. Sobre as dificuldades deste modelo, mas sem deixar de concordar com as suas soluções na perspectiva jusfundamental, preferindo criticá-las apenas do ponto de vista da sua eficácia: MAGRIÇO, Manuel Aires, «Vigilância massiva de passageiros aéreos. Brevíssimas notas sobre a proteção da privacidade e dos dados pessoais à luz do direito da União Europeia», *Revista do Ministério Público* 168 (2021), p. 196 s., 207 s., 214 s., onde apresenta uma interessante evolução histórica, concluindo se tratar de “um regime que, apesar de tudo, se afigura justo e equilibrado, face à ameaça terrorista e ao necessário combate à criminalidade organizada e em que o especial enfoque é o de evitar a perda de vidas humanas e disrupções na sociedade” (p. 213).

⁴⁴ E não *dados pessoais administrativos* (ou seja, dos seus trabalhadores, do ponto de vista dos recursos humanos). Cf. ainda os considerando 9, 10 e 11.

⁴⁵ Regulamento UE 2016/794, de 11 de Maio, em particular o capítulo VI.

⁴⁶ Regulamento UE 2018/1727, de 14 de Novembro, sobretudo o capítulo IV.

⁴⁷ Regulamento UE 2017/1939, de 12 de Outubro, máxime o capítulo VIII.

número de um cartão de identificação⁴⁸, os dados de localização físicos e os dados clínicos detidos por um médico ou hospital, desde que permitam identificar alguém de forma inequívoca. E ainda — em uma era cada vez mais digital — o endereço de correio eletrónico do tipo «nome.apelido@empresa.com», o endereço de identificação de um dispositivo em uma rede (IP), o identificador de publicidade do telemóvel e alguns dados de navegação do usuário na internet, entre eles os testemunhos de conexão (*cookies*), etc.⁴⁹. O que inclui quer «dados de conteúdo», quer os chamados «metadados»⁵⁰.

Não é demais recordar: a utilização de dados pessoais em processos penais não é algo novo: trata-se de uma operação do dia-a-dia (constituindo rotina de trabalho) da realização da justiça criminal. E nem é preciso convocar hipóteses mais específicas, como a quebra de sigilo bancário, nos termos da lei geral tributária. Afinal, toda a marcha processual penal depende do tratamento⁵¹ dos dados nominativos do visado: o Direito Penal pressupõe uma *responsabilidade personalíssima*, que exige a identificação, como agente do crime, de um determinado sujeito⁵², proibindo a sua transferência ou transmissão (ainda que voluntária ou consensual) para outrem⁵³.

Na averiguação dos factos criminalmente relevantes e na abordagem dos suspeitos ou arguidos, os órgãos de persecução penal devem evitar situações de «*error in persona*». Para tanto, precisam conhecer todas as “informações relativas a uma pessoa singular identificada ou identificável” (art. 3.º, n.º 1, da DPDP). A única novidade é fenomenológica, trazida pela evolução da tecnologia: a digitalização do mundo da vida. Que se manifesta, desde logo, na tramitação eletrónica dos processos judiciais⁵⁴, com remissão para o regime de protecção de dados pessoais⁵⁵.

⁴⁸ Enquanto cidadão, contribuinte, condutor, utente do sistema de saúde ou beneficiário de seguro, entre outros.

⁴⁹ Diversamente, não são dados pessoais, por exemplo, o número de registo das pessoas colectivas, o endereço de correio eletrónico do tipo «info@empresa.com», os dados anonimizados e os dados de cache do navegador.

⁵⁰ Isto é, os dados de base e os dados de tráfego (incluindo os dados de localização) das comunicações electrónicas. Consequentemente, também são pessoais os dados gerados pelo tratamento dos metadados (infra, nota 97).

⁵¹ «Tratamento» é o termo genérico que abrange operações tão variadas sobre dados pessoais, como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação, a alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, por difusão ou por qualquer outra forma de disponibilização, a comparação, a interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição (DPDP, art. 3.º, n.º 2).

⁵² Que poderá ser plural na hipótese da comparticipação. De qualquer modo, também neste último cenário a responsabilidade continua sendo personalíssima.

⁵³ De certa maneira, na averiguação dos factos criminalmente relevantes e na abordagem dos suspeitos ou arguidos, os órgãos de persecução penal devem evitar situações de «*error in persona*».

⁵⁴ Em Portugal, os meios informativos afectos ao sistema judicial continuam sob a dependência do Ministério da Justiça, através do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I. P., de maneira que nem os tribunais, nem o Conselho Superior da Magistratura possuem qualquer responsabilidade neste tocante: MASSENO, Manuel David, «A segurança no tratamento de dados pessoais no sistema judicial, em Portugal e no Brasil», *Revista do Centro de Estudos Jurídicos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina* 9 (2021), p. 4 e 8.

⁵⁵ Cf. o art. 132.º, n.º 4, do Código de Processo Civil, e o art. 1.º da Portaria n.º 280/2013, de 26 de Agosto.

4.1. Breve alusão à Lei n.º 59/2019, de 8 de Agosto

Não é por acaso que o diploma legislativo que transpõe, para a ordem jurídica interna, a Diretiva UE 2016/680 limita-se a consignar alguns poucos preceitos que assumem, perante as outras leis que já se encontravam em vigor, um carácter meramente subsidiário ou residual. Isso fica especialmente claro ali onde se trata dos *direitos do titular dos dados em casos especiais*, vale dizer, da protecção devida no horizonte do tratamento de dados pessoais constantes de um *processo penal*, de uma *decisão judicial* ou do *registo criminal*.

De facto, a Lei n.º 59/2019, de 8 de agosto, remete expressamente (arts. 19.º, 68.º e 69.º) para a *lei processual penal*, como o Código de Processo Penal (CPP) e a Lei de Identificação Criminal (Lei n.º 37/2015, de 5 de Maio), e *demais legislação aplicável*, como o regime do tratamento de dados referentes ao sistema judicial (Lei n.º 34/2009, de 14 de Julho) e o sistema integrado de informação criminal (Lei n.º 73/2009, de 12 de Agosto). Sem falar no sistema de registo de identificação criminal de condenados pela prática de crimes sexuais contra menores⁵⁶, que é, sem dúvida, o corpo normativo mais problemático neste contexto, por implicar uma desproporcional⁵⁷ restrição jusfundamental à autodeterminação informativa.

Nesta escora, é esperado que Diretiva UE 2016/680 “seja — dependendo da forma de implementação na legislação nacional de cada Estado-Membro — automaticamente desaplicada quando exista regulamentação específica (...), existindo, assim, uma relação de especialidade entre as normas processuais penais e as normas constantes da DPDP, estas últimas de carácter geral”⁵⁸. Por fim, a Lei n.º 59/2019, de 8 de Agosto, faz uso da prerrogativa⁵⁹ de isentar as autoridades judiciárias (o Ministério Público e os tribunais)⁶⁰, no exercício das suas competências processuais, da obrigação de designar um *encarregado de protecção de dados* (arts. 34.º, n.º 2).

Isso não quer dizer, obviamente, que os magistrados (procuradores e juízes) e os funcionários judiciários não devam assegurar, nas diferentes fases do processo penal, a

⁵⁶ Criado pela Lei n.º 103/2015, de 24 de Agosto.

⁵⁷ No sentido da crítica, não obstante apenas à luz de outros direitos fundamentais — a intimidade da vida privada, a imagem e a honra — dos sujeitos inscritos e de terceiros que lhe sejam próximos: VEIGA, António Miguel, *O registo português de condenados por crimes sexuais contra menores no actual panorama do expansionismo jurídico-penal*, Coimbra: Gestlegal, 2021, p. 65 s., 107 s., censurando o “vigilantismo” do legislador (p. 116).

⁵⁸ MAGRIÇO, Manuel Aires, *Revista do Ministério Público* 173 (2023), p. 64 e 65, não obstante afirmar, inadvertidamente, no mesmo fôlego, que a DPDP (através do considerando 80) “exclui o tratamento de dados pessoais no contexto de processos judiciais de natureza criminal”. Afinal, o que ali se exclui é apenas a *competência das autoridades de controlo* em relação ao tratamento de dados efectuado pelos tribunais no desempenho das suas funções jurisdicionais.

⁵⁹ Prevista na DPDP (art. 31.º, n.º 1, e considerando 63).

⁶⁰ Mas não os órgãos de polícia criminal, designadamente a Polícia Judiciária, que deve possuir um EPD.

conformidade do tratamento dos dados pessoais dos visados, nos moldes da Lei n.º 34/2009, de 14 de Julho (art. 23.º). O que, por outro lado, não inclui os oficiais de justiça, quando actuem na elaboração de estatísticas (por exemplo, sobre a aplicação de medidas de coacção), os quais, nesta actividade, estão sujeitos ao Regulamento Geral de Protecção de Dados.

Ainda a respeito da relativização do princípio da vinculação finalística (item 3.1), convém acrescentar que, de facto, no processo penal português, não parece que tal princípio tenha aplicação plena, atento o estatuído, por exemplo, nos artigos 125.º, 126.º, 127.º e 292.º do CPP, em conjugação com o artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 59/2019, de 8 de Agosto, *se preenchidos os pressupostos*⁶¹ indicados neste último preceito. Ou seja: também no que respeita à utilização de dados pessoais para efeitos de persecução penal, aparentemente vigorará um *princípio de liberdade de aquisição probatória*: eles podem ser carreados para o processo, desde que não constituam uma prova proibida, isto é, se tiverem sido obtidos *licitamente*, ao abrigo de alguma permissão legal, nos termos gerais, mesmo que para fins alheios à persecução penal⁶².

4.2. Soluções já Conhecidas no Código de Processo Penal e na Legislação Esparsa

O carácter meramente subsidiário ou residual da Lei n.º 59/2019, de 8 de Agosto, decorre do reconhecimento de que a matéria da protecção de dados pessoais no processo penal já é em larga medida disciplinada por preceitos legais mais ou menos comuns, já tradicionais ou minimamente sedimentados na processualística contemporânea, surgida na sequência da queda das ordens jurídicas totalitárias e do resgate do modelo do Estado de Direito Democrático. Isso fica evidente quando olhamos para a prática judiciária orientada pelo Código de Processo Penal.

Basta pensar, desde logo, nas *(i) referências anonimizadas* ao arguido (e ao ofendido) nas decisões judiciais (AA, BB, CC, etc.), bem como na própria *(ii) regra da publicidade do processo penal* (não obstante o segredo de justiça ser uma hipótese excepcional), que exclui ostensivamente “os dados relativos à reserva da vida privada que não constituam meios de prova” (art. 86.º, n.º 7). Ou nos *(iii) actos de notificação do visado* (e terceiros), quer por via postal, quer por editais e anúncios (art. 113.º). Ou ainda no *(iv) questionário feito durante os interrogatórios do arguido*, onde este é perguntado sobre o seu nome, filiação, local e data de nascimento, estado civil, profissão, residência, local de trabalho e documento oficial de

⁶¹ Que *(i)* o responsável pelo tratamento esteja autorizado por lei a tratar os dados pessoais para efeitos de persecução penal e *(ii)* o tratamento seja necessário e proporcional a esse fim.

⁶² Uma interpretação que, também aparentemente, é compatível com a própria Directiva UE 2016/680, nos moldes já vistos (supra, item 3.1.). No mais, tal conclusão parece encontrar um ponto de apoio adicional no princípio da licitude do tratamento (DPDP, art. 8.º; Lei n.º 59/2019, de 08 de Agosto, art. 5.º).

identificação, sob pena de incorrer em responsabilidade penal⁶³ (arts. 141.º, n.º 3, 143.º, n.º 2.º, e 144.º, n.º 1).

Ou mesmo no *(v) termo de identidade e residência*, enquanto medida de coacção que exige a exacta identificação do visado e a indicação da sua residência e local de trabalho (art. 196.º). Sem falar, por derradeiro, nos *(vi) elementos de convicção produzidos através de diferentes meios de (obtenção de) prova*, alguns deles previstos na legislação esparsa, cuja normal mobilização implica sempre o tratamento de dados pessoais dos visados.

Por exemplo, as *perícias médico-legais e forenses* (art. 159.º) e os *exames* (art. 171.º), que possibilitam o acesso a dados genéticos (ADN), a dados biométricos⁶⁴ e a dados de saúde, bem como a caracterização de traços de personalidade⁶⁵; as *reproduções mecânicas* (art. 167.º), que possibilitam o acesso a registos de imagem e/ou de voz, o mesmo valendo, quanto a este último elemento, para as *escutas telefónicas* (art. 187.º); as *revistas e buscas* (art. 174.º), que possibilitam o acesso a documentos com dados bancários (contas, cartões, senhas) e outros, etc.

Bem como, agora na Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, a *pesquisa e apreensão de dados informáticos ou de correio electrónico e registos de comunicações de natureza semelhante* (arts. 15.º, 16.º e 17.º), que possibilita o acesso ao endereço de email do tipo «nome.apelido@empresa.com»; a *interceptação de comunicações* (art. 18.º), que possibilita a individualização do emissor e do receptor da mensagem; e o *agente encoberto digital* (art. 19.º), incluindo o chamado *Malware*, que possibilita um vasto acesso à esfera de privacidade do visado, até mesmo (uma vez mais) a registos de imagem e/ou de voz.

4.3. O Novo Paradigma Pré-Preventivo (Pré-Cognitivo): a Aposta na Antecipação Probatória (Pré-Informação) Através de Bancos de Dados Pessoais (o Exemplo do Terrorismo)

Tal como já se observava, na década de 80 do século passado, um movimento de antecipação da intervenção do Direito Penal para um campo prévio à autêntica ofensa ao bem jurídico, hoje já se pode apontar para um movimento de antecipação probatória em matéria criminal, que vai mesmo além da lógica de mera prevenção. Trata-se da tendência de compilação (*ex ante*) — com a recolha massiva (na lógica volumétrica dos *Big Data*)⁶⁶ de dados

⁶³ Por falsas declarações ou desobediência.

⁶⁴ Como as impressões digitais, o padrão da íris, o desenho da face, a altura, a envergadura, a voz, etc.

⁶⁵ No caso de exames e perícias de psiquiatria e psicologia forense.

⁶⁶ Através de técnicas de «vigilância por arrasto» (*Dragnet Surveillance*).

pessoais, organizados em *bancos* ou *bases*⁶⁷ — de “pré-informação”⁶⁸ (pré-prova com relevância de prognose) que, *apenas eventualmente*, em um segundo momento, *caso se venha a verificar* a prática de uma conduta criminosa, ganhará (*ex post*) o estatuto de genuína “informação” (prova).

Este novo paradigma “pré-preventivo” ou “pré-cognitivo” (do “pré-conhecimento”)⁶⁹ incide preferencialmente no terreno da criminalidade organizada, em particular no seio da criminalidade económica e financeira. E fica especialmente claro no cenário do combate ao terrorismo. Pensemos, por exemplo, na incriminação da conduta de tomar aulas para pilotar uma aeronave⁷⁰ — até aqui, um agir destituído de qualquer desvalor ético-social — “com intenção de cometer uma infracção terrorista ou de contribuir para a sua prática”⁷¹.

Para a prova deste *elemento subjectivo especial* seria necessário — e porventura suficiente — demonstrar, *v.g.*, que antes, durante ou mesmo depois de frequentar o curso de pilotagem, o aluno tinha, teve ou passou a ter alguma ligação (como membro ou apoiador) com alguma organização terrorista ou que seguia, seguiu ou passou a seguir alguma ideologia extremista dedicada ao terror. Circunstâncias tais que, por sua vez, poderiam ser confirmadas com recurso a alguma base de dados pessoais da qual conste informações desta natureza⁷².

Cabe observar que, em um *sistema integral de Direito Penal*, no qual as normas adjectivas também concorrem para a constituição da própria materialidade (substância) jurídico-criminalmente relevante, a tendência de antecipação da informação (prova) é uma consequência directa da mencionada alteração no plano da tipificação das condutas puníveis⁷³. Isto é: do perigoso movimento rumo a uma “dimensão *para-penal* ou mesmo *proto-penal* do próprio Direito Penal”, que parece querer “vestir o fato de polícia de giro”, para se

⁶⁷ Para listar somente alguns dos bancos ou bases de dados pessoais da UE mais relevantes neste contexto: o Sistema Europeu de Informação sobre Registos Criminais (ECRIS) e o seu equivalente para nacionais de países terceiros (ECRIS-TCN), o Sistema de Informação Schengen, o Sistema Prüm, o Sistema PNR (acima, notas 41-43), o Sistema Europol, o Sistema Europeu de Dactiloscopia (Eurodac), o Sistema de Informação sobre Vistos (VIS), o Sistema de Entrada/Saída (EES), o Sistema Europeu de Informação e Autorização de Viagem (ETIAS), etc. Cf. MITSILEGAS, Valsamis, *EU Criminal Law*, p. 235 s.

⁶⁸ Sendo certo que esta categoria já integra a própria noção da «dado» como “potencial informação, anterior ao processo de elaboração e interpretação”; por sua vez, a “informação” propriamente dita (enquanto resultado hermenêutico) está além daquilo que vem contido no mero dado: FIGUEIREDO, Alani Caroline Osowski, *Direito e tecnologia*, p. 288.

⁶⁹ GIANAKOULA, A / LIMA, D / KAIAFA-GBANDI, M, *Combating Crime in the Digital Age*, p. 27, 51, 52, 56-66, 69-71 e 86-88.

⁷⁰ Ou para utilizar explosivos, armas de fogo ou outras armas e substâncias nocivas ou perigosas.

⁷¹ Art. 4.º, n.º 7, alínea *b*), da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto.

⁷² Referência acima, na nota 69. Outro tanto poderá ser dito em diferentes contextos, por exemplo, a propósito da “intenção lucrativa” exigida para a forma qualificada do crime de auxílio à imigração ilegal, prevista no art. 183.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho.

⁷³ MAGRIÇO, Manuel Aires, *Revista do Ministério Público* 173 (2023), p. 58 s.

concentrar preventivamente a sua actuação no momento do “*ante-facto*” ou do “*ante-delictum*”⁷⁴.

Ora, se o Direito Penal passa a definir como crime acções que são axiologicamente neutras e que só merecem e precisam ser punidas porque são realizadas com uma intenção (presente) voltada para a prática (futura) de (outros) crimes, não surpreende a procura por um modelo de persuasão judicial⁷⁵ que permita a prova desta específica intenção⁷⁶ — um requisito anímico que, muito frequentemente, não aparece externalizado no momento da realização da conduta típica — a partir de elementos indiciários associados à «biografia» (digital) do agente. Além de fazer periclitarem a valiosa herança do Direito Penal do facto e de atentar contra a exigência de proporcionalidade, este desenvolvimento securitário — que implica a *completa eliminação da distinção entre (comportamentos) suspeitos e inocentes*⁷⁷ — acaba por fustigar, ainda mais, o princípio da limitação da finalidade⁷⁸.

5. A Utilização de Redes Sociais em Processos Penais

O crescente uso de serviços de redes sociais (*social networking services*) não deixaria de ter repercussões no terreno do processo penal. Naturalmente, na prestação destes serviços aos seus usuários, as empresas gestoras não estão sujeitas ao RGPD. Contudo, aqui se observa uma particular ambivalência: as redes sociais podem ser utilizadas não apenas para a prática dos mais variados crimes (sejam os delitos tradicionais, sejam os delitos informáticos em sentido estrito), mas também para a persecução penal destes mesmos comportamentos⁷⁹.

⁷⁴ FARIA COSTA, J, *Direito Penal e Liberdade*, Lisboa: Âncora Editora, 2020, p. 138 e 139.

⁷⁵ No mesmo sentido, ao frisar que o movimento rumo à vigilância proactiva “reflete uma transformação do modelo jurídico tradicional de coleta de provas conclusivas de irregularidades ‘além de qualquer dúvida razoável’ para apresentar a um tribunal criminal, em direção a um modelo de coleta de informações disruptiva”: OLIVEIRA, Luciano Rocha de, *Proteção de dados pessoais no processo penal e na segurança pública: problemas atuais e perspectivas*, São Paulo: Editora Dialética, 2022, p. 85.

⁷⁶ Um problema que também se coloca no contexto do “discurso de ódio”, onde o apuramento da intenção criminosa é muito difícil e não raro dependerá não só do conteúdo lançado na rede social, mas também da consulta de dados pessoais do agente (*v.g.*, preferências individuais que ele, enquanto usuário, fez constar no perfil da conta): DRURY, Brett / DRURY, Samuel Morais / RAHMAN, Arafatur / ULLAH, Ihsan, «A social network of crime: A review of the use of social networks for crime and the detection of crime», *Social Networks and Media* 30 (2022), p. 6 s., 13 s.

⁷⁷ O que, no mais, é pouco compatível com a garantia da presunção de inocência e o direito do suspeito ou arguido de ser tratado em conformidade com aquela (dentro ou fora de um processo judicial: GIANNAKOULA, A/ LIMA, D / KAIAFA-GBANDI, M, *Combating Crime in the Digital Age*, p. 73 s.

⁷⁸ MITSILEGAS, V, *EU Criminal Law*, p. 249, 270 e 272, contestando (p. 265, 271 e 279) a legitimidade, à luz das tradições jurídicas nacionais, da punição de condutas axiologicamente neutras, ainda que realizadas com o propósito do cometimento futuro de um crime. Também crítico de uma recolha praticamente indiscriminada (limitada) de dados pessoais: VAN GENDEREN, Rob van den Hoven, *Cybercrime investigation and the protection of personal data and privacy*, p. 30.

⁷⁹ Mais uma vez: DRURY, B / DRURY, S.M./ RAHMAN, A./ ULLAH, I., *Social Networks and Media* 30 (2022), p. 2 s., ilustrando como as redes sociais podem representar uma «faca de dois gumes» em casos penais.

Afinal, elas são alimentadas por um enormíssimo (praticamente ilimitado) volume de dados pessoais que os próprios usuários ali voluntariamente entregam, os quais podem ser utilizados — mesmo em lógica de «mineração» (prospecção) — para os mais diversos fins⁸⁰. É neste horizonte que a chamada “análise de redes sociais” (SNA) aparece como um método interessante, quer para a investigação académica do fenómeno criminoso⁸¹, quer para a investigação forense digital, sendo cada vez mais comum o seu emprego por órgãos com competência neste último campo⁸².

5.1. Alguns Sinais da Tendência Actual

Por um lado, já há alguma tendência no sentido de reconhecer que certos elementos da vida em ambiente virtual — como os perfis de usuários, as listas de amigos, as associações a grupos, as postagens de comentários, mensagens, *tweets*, fotografias, vídeos, as localizações de GPS, os *check-ins*, os *logins*, as linhas do tempo, etc. — podem ser relevantes ou mesmo determinantes para o apuramento de factos criminosos. Da outra banda, também já começa a haver estudos empíricos sobre a importância das redes sociais para o desempenho da actividade típica — incluindo o treinamento profissional — das polícias de investigação⁸³.

Isso pode ser ilustrado com algumas iniciativas de órgãos de persecução criminal nos Estados Unidos da América, as quais envolvem a utilização das redes sociais como um meio para investigar gangues urbanas integradas por membros suspeitos da prática de crimes contra o património⁸⁴, em particular quando a prática do facto criminoso é acompanhada ou sucedida por condutas de exibição e vanglória dos próprios agentes, *v.g.*, através de postagens

⁸⁰ Sem esquecer que, mesmo depois de apagados pelos usuários, os seus dados pessoais permanecem sob o controle das redes sociais, que não raro os armazenam, organizam e classificam para finalidades económicas das próprias empresas gestoras ou de terceiros. Sobre isso, abordando a história e as características das redes sociais, bem como os problemas jurídicos que elas suscitam do ponto de vista da protecção da confidencialidade: HIRATA, A. «O Facebook e o direito à privacidade», *Revista de Informação Legislativa* 51 (2014), p. 18 s., onde realça (p. 23) que o princípio da vinculação finalística também é aplicável no âmbito destes serviços.

⁸¹ Longe de ser uma novidade, a SNA é uma ferramenta já habitual nas ciências sociais, onde tem sido usada para estudar estruturas de grupo e fluxos de comunicação dentro de uma rede de dinâmicas, com o fim de cartografar distintas ligações entre variados sujeitos: BRIGHT, D/ BREWER, R/ MORSELLI, C, «Using social network analysis to study crime. Navigating the challenges of criminal justice records», *Social Networks* 66 (2021), p. 50 s.

⁸² Com um relato estatístico: ABDALLA, A / YAYILGAN, S.Y., «A Review of Using Online Social Networks for Investigative Activities», MEISELWITZ, G. (Eds.) *Social Computing and Social Media - Lecture Notes in Computer Science* (Vol. 8531), Berlin: Springer, 2014, p. 3 s., 9 s.

⁸³ MURPHY, Justin P. / FONTECILLA, Adrian, «Social Media Evidence in Government Investigations and Criminal Proceedings: A Frontier of New Legal Issues», *Richmond Journal of Law & Technology* 19 (2013), p. 10 s.

⁸⁴ Ou por outros factos que não encontram projecção jurídico-penal entre nós, como o crime de conspiração.

de comentários e fotografias dos seus «grandes feitos»⁸⁵. Sendo certo que o tema costuma reaparecer, com a mesma intensidade, no próprio âmbito judicial.

Por exemplo, em um caso concreto, também nos EUA, relativamente ao crime de abuso sexual de crianças, a alegação de erro sobre a idade da vítima foi acolhida como fundamento suficiente para a absolvição do arguido. Para suportar esta decisão, o tribunal considerou alguns elementos da rede social da suposta vítima, tendo sido dado como provado que a mesma inseriu na sua página electrónica informação deliberadamente errada sobre o ano do seu nascimento, o seu grau de formação e o seu círculo profissional, bem como fotografias próprias editadas em tom provocativo, além de ter realizado condutas de sedução *online*, sempre com o propósito de sugerir ao seu interlocutor uma idade substancialmente maior do que a verdadeira⁸⁶.

5.2. Perfis Públicos (Abertos), Perfis Semipúblicos (Restritos) e Perfis Privados (Fechados)

Até aqui apenas se falou na *possibilidade (fáctica)* da utilização de redes sociais como manancial de dados pessoais susceptíveis de serem carreados para o processo penal. Falta dizer algo sobre a *admissibilidade (jurídica)* deste recurso probatório. Porém, este ponto está longe de suscitar uma abordagem unitária ou uniforme. Considerando as opções de configuração da *confidencialidade* oferecidas aos assinantes, cabe diferenciar em função do alcance que o titular dos dados preferiu conceder, enquanto usuário de redes sociais, à tutela da sua autodeterminação informacional. O que passa pela distinção⁸⁷ entre informação «pública», «semipública» e «privada»⁸⁸.

A primeira situação é a do *usuário com perfil público ou aberto*: os seus dados pessoais estão incondicionalmente disponíveis na rede social, uma vez que o titular opta por não limitar ou restringir as suas configurações de privacidade. Neste caso não há dificuldades no que tange ao acesso aos dados nominativos e à sua utilização no processo penal⁸⁹. Pois não é preciso a adoção de medidas típicas dos órgãos de persecução, tão pouco uma ordem judicial. É neste contexto que actua a chamada “*inteligência de fonte aberta*” (OSINT)⁹⁰, que

⁸⁵ Sobre tudo isso: LANE, J, «Social Media as Criminal Evidence: Nem Possibilities, Problems», *Footnotes - A Magazine of the American Sociological Association* 49 (2021), p. 1 s.

⁸⁶ Referência na nota anterior.

⁸⁷ VAN GENDEREN, R.D.H., *Cybercrime investigation and the protection of personal data and privacy*, p. 32 s.

⁸⁸ Cf. ABDALLA, A/ YAYILGAN, S.Y., *Social Computing and Social Media - Lecture Notes in Computer Science* (Vol. 8531), p. 6-8, 10-11, não obstante destacar a vertente da “*inteligência criminal*”, entendida no sentido da prevenção contra perigos (supra, item 2).

⁸⁹ Veja-se o que foi dito acima (item 4.1) acerca do princípio da livre aquisição probatória.

⁹⁰ *Open Source Intelligence*. Pormenorizadamente sobre a pesquisa em fontes abertas, na perspectiva da aquisição e valoração da prova digital: MAGRIÇO, Manuel Aires, *A exploração sexual de crianças no ciberespaço*, Lisboa: Alêtheia Editores, 2014, p. 77 s.

enxerga o conteúdo das redes sociais como uma “mina de ouro digital de potenciais provas”⁹¹, *i.e.*, de pré-informações para fins investigativos⁹². Contudo, esta maior facilidade vem acompanhada por um problema de «confiabilidade»⁹³ dos elementos assim obtidos, quando mobilizados em tribunal.

Muito frequentemente estes elementos serão carreados para o processo através do *print screen* da página de internet na qual se encontravam⁹⁴. O que implica, para todos os efeitos, a produção de um documento. Se bem que com valor probatório bastante frágil. Nesta hipótese, a sua *virtus probandi* dependerá da sua eventual autenticação perante notário⁹⁵ ou da sua corroboração por testemunhas⁹⁶ ou através dos já referidos «metadados»⁹⁷. Em outras ocasiões, bem menos comuns, os dados pessoais poderão ser objecto do regime de apreensão de dados informáticos (*download* dos bytes e bites do ficheiro *online*)⁹⁸. O que fortalecerá o seu valor probatório.

Uma segunda situação é a do *usuário com perfil semipúblico ou restrito (limitado)*: o titular opta por limitar ou restringir parcialmente as suas configurações de privacidade, habilitando somente um determinado grupo de contactos, os seus «amigos» de rede social, para os quais os seus dados pessoais estarão disponíveis. Neste caso já surgem obstáculos no que tange ao acesso e à utilização no processo penal. De qualquer modo, a barreira aí construída pode ser superada pelos órgãos de persecução criminal, nos termos já previstos pela lei: seja por meio

⁹¹ MURPHY, J.P... / FONTECILLA, A, «Social Media Evidence in Government Investigations and Criminal Proceedings: A Frontier of New Legal Issues», *Richmond Journal of Law & Technology* 19 (2013), p. 3.

⁹² KLIPPENSTEIN, Lee, «Social Media and Criminal Investigations: Public content and its role in solving crimes», *LawNow Magazine* 45 (2021), p. 1.

⁹³ Sobre este e outros — a confidencialidade, a integridade, a disponibilidade, a autenticidade, a admissibilidade, a completude e a credibilidade — requisitos de qualidade da prova digital: MAGRIÇO, Manuel Aires, «Breves notas sobre a derrogação temporária de determinadas disposições da Diretiva E-Privacy da União Europeia para efeitos de deteção voluntária de material de abuso sexual de crianças no ciberespaço», *Revista do Centro de Estudos Judiciários* (2022), p. 67 s.

⁹⁴ Por vezes, os órgãos de polícia criminal fazem um “auto de visionamento”, que se junta à captura de ecrã.

⁹⁵ CPP, art. 169.º.

⁹⁶ CPP, art. 128.º.

⁹⁷ Tendo sido declarada — na sequência de uma conhecida decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, que declarou inválida a Directiva CE 2006/24, de 15 de Março — a inconstitucionalidade de alguns preceitos da Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho, que permitiam a utilização de «metadados» em processo penal, resta saber — enquanto não sobrevém nova previsão legal a este respeito — se há outros dispositivos vigentes que autorizam o uso, naquele mesmo contexto, de dados de base e de dados de tráfego (incluindo os dados de localização) conservados por empresas fornecedoras ou operadoras apenas para efeitos de cobrança (factura) dos serviços de comunicações electrónicas prestados ao clientes. Com uma resposta afirmativa, convocando os arts. 14.º, n.º 4, e 18.º, n.º 2, da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, o art. 189.º, n.º 2 do CPP, e os arts. 6.º, n.º 3, e 7.º, da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto: NUNES, Duarte Rodrigues, «Impedirá o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 a obtenção e a valoração, para fins de investigação criminal, de metadados conservados pelos fornecedores de serviços de comunicações electrónicas ao abrigo da lei atualmente em vigor?», *Revista do Ministério Público* 170 (2022), p. 47 s., não obstante a ressalva de se tratar de “uma solução provisória” que não dispensa “uma intervenção legislativa tão rápida quanto possível” (p. 58). *Prima vista*, estaríamos diante de uma violação do princípio da limitação da finalidade, na sua dimensão formal. Porém, veja-se, uma vez mais, o que acima (item 4.1) se ponderou sobre a liberdade de aquisição probatória.

⁹⁸ Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, art. 16.º, com destaque para o n.º 3.

do uso de contas ou perfis falsos — se necessário ao abrigo da figura do *agente encoberto digital* — para a abordagem do visado e a obtenção de informação ou através de «amigos» virtuais do usuário que colaborem em juízo como testemunhas, entregando ou confirmando a informação⁹⁹.

Uma terceira e última situação é a do *usuário com perfil privado ou fechado*: o titular opta por limitar ou restringir completamente as suas configurações de privacidade, tornando os seus dados pessoais indisponíveis para todo e qualquer membro da rede social. Obviamente, neste caso são ainda maiores as dificuldades no que tange ao acesso e à utilização dos dados nominativos no processo penal. Pois não são aplicáveis as vias referidas no parágrafo anterior, estando igualmente excluída a possibilidade de uma autorização judicial atípica¹⁰⁰. É neste ponto que surge a questão de saber se cabe legalmente impor às redes sociais — *rectius*: às empresas responsáveis pela sua gestão — um genuíno *dever de colaboração* que obrigue à entrega (transmissão) de informação pessoal, em determinadas situações, à semelhança do que acontece, por exemplo, com as instituições financeiras no combate ao branqueamento de capitais¹⁰¹.

Não há, pelo menos por enquanto, nem no arcabouço europeu, nem no âmbito nacional, nenhuma previsão normativa naquele sentido. O que existe é uma discussão parecida — com diferentes soluções propostas — no contexto do combate *online* ao discurso de ódio, às *fake news* e ao abuso sexual de crianças. Mas apenas no diz respeito aos deveres de identificação, denúncia e remoção de conteúdo ilegal nas redes sociais, com a considerável prevalência do *modelo de auto-regulação*¹⁰², onde são as próprias empresas responsáveis pela gestão do ambiente digital que assumem, em nome da sua responsabilidade social e com base na lógica de evitação daquilo que pode ser uma «péssima propaganda para o negócio», o ónus de monitoramento, reporte e eliminação de situações que possam colocar em causa bens jurídicos de valor elevado.

⁹⁹ Se nenhuma destas vias for eficaz, o Direito dos EUA não exclui, como alternativa, a emissão de uma ordem judicial atípica concretamente dirigida ao responsável pela rede social.

¹⁰⁰ Referências acima, na nota 25.

¹⁰¹ Cf. supra, nota 34. Bem como os arts. 53.º, 57.º e 58.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de Agosto, onde se acrescenta um específico dever de comunicação de operações suspeitas ao Departamento Central de Investigação e Ação Penal da Procuradoria-Geral da República (DCIAP) e à Unidade de Informação Financeira (art. 43.º).

¹⁰² Auto-censura voluntária com base em códigos de conduta. Uma outra via é o *modelo de monitorização geral proactiva obrigatória*, que impõe às empresas gestoras de redes sociais uma espécie de responsabilidade objectiva pelo conteúdo ilícito carregado para as suas plataformas, ainda que não tenha conhecimento disso ou independentemente de qualquer falha ou negligência na prestação do serviço. Por fim, ainda há *modelos mistos* que tentam combinar elementos dos dois primeiros, no quadro da responsabilidade subjectiva, por exemplo, através da conjugação entre o conhecimento do conteúdo ilícito e a não adoção da diligência devida. Sobre tudo isso, com relação ao discurso de ódio e às *fake news*: KAESLING, Katharina, «Privatising Law Enforcement in Social Networks: A Comparative Model Analysis», *Erasmus Law Review* 3 (2018), p. 151 s., 160 s.

Algo distinto se passa nos EUA, onde o *Stored Communications Act* permite que quaisquer empresas¹⁰³ — ainda que não dedicadas à gestão de redes sociais — sejam obrigadas, com ou sem mandado judicial (bastando, em certos casos, uma notificação administrativa), a disponibilizar dados pessoais que sejam relevantes para a satisfação de interesses legítimos do Estado ou de terceiros, como será o caso da persecução penal. O que, no entanto, não afasta um problema de constitucionalidade, tendo já havido recusa, por parte de algumas empresas, na prestação de informações, não obstante a superveniência de decisões jurisdicionais em sentido contrário¹⁰⁴.

De resto, mais recentemente, ainda nos EUA, sobreveio legislação permitindo que as empresas ali sediadas *possam disponibilizar voluntariamente* dados pessoais relativos à prática de crimes, quando solicitados por outros países. No seio da União Europeia também apareceu legislação específica no mesmo sentido: o Regulamento 2021/1232, de 14 de julho, relativo a uma derrogação temporária de determinadas disposições da Diretiva *E-privacy* no que respeita à utilização de tecnologias por prestadores de *serviços de comunicações interpessoais independentes do número*¹⁰⁵ para o tratamento de dados nominativos e outros para efeitos de combate ao abuso sexual de crianças em linha, o que inclui os serviços disponibilizados através da Internet aberta (*over-the-top*), por exemplo, os programas de mensagens instantâneas, sediados ou não em redes sociais, como o *Facebook Messenger*, o *iMessage* e o *Whats.App*¹⁰⁶.

No entanto, ao remeter a solução para a autonomia (autorregulação) das empresas responsáveis pela gestão das redes sociais, esta válvula de escape não deixa de insinuar um movimento na direcção da privatização da persecução penal, colocando em perigo o monopólio estadual em matéria de realização da justiça criminal. O risco da delegar nas redes sociais uma tarefa tão nuclear para a afirmação da soberania do Estado — a institucionalizada preparação para o exercício, *ex post facto*, do *jus puniendi* — é evidente e não deve ser menosprezado: tudo concorre para a emergência de uma “sociedade da vigilância”, em triste confirmação da profecia, romanceada por George Orwell, da chegada de um «Big Brother», com o inquietante esmagamento das esferas de liberdade cidadã, em particular da autodeterminação informacional.

¹⁰³ Também ali, no sector das telecomunicações, é amplamente difundida a utilização de dados de localização celular (a partir do GPS dos telemóveis) para fins de investigação criminal.

¹⁰⁴ MURPHY, J.P. / FONTECILLA, A. *Richmond Journal of Law & Technology* 19 (2013), p. 11 s., 15 s., à luz da Quarta Emenda (direito à privacidade, com a protecção contra buscas e apreensões sem causa provável) da Constituição dos Estados Unidos da América.

¹⁰⁵ Tais como os serviços de correio eletrónico baseados na *World Wide Web*.

¹⁰⁶ Detidamente a este respeito, não obstante considerar insuficiente um modelo de auto-regulação: MAGRIÇO, Manuel Aires, *Revista do Centro de Estudos Judiciários* (2022), p. 55 s.

Uma alternativa tecnicamente possível e juridicamente aceitável seria investir em uma genuína prevenção respeitadora dos princípios do Estado de Direito Democrático. Tal como já se faz, *v.g.*, com a aplicação, no ambiente das redes sociais, de ferramentas de inteligência artificial — como o chamado *Support Vector Machine*, um programa de aprendizagem supervisionada para reconhecimento de padrões, proposta de classificações e análise regressiva de informações — que permitem a predição de (i) eventos de massa — protestos políticos, manifestações sindicais, encontros religiosos, etc. — e a prognose estatística de eventuais ameaças daí resultantes para a tranquilidade pública e os bens jurídicos personalíssimos ou mesmo (ii) da ocorrência de um específico crime (ou grupo de crimes) contra alvos determinados ou dentro de uma certa região.

Atrevo-me a supor que as redes sociais não substituirão os métodos de investigação tradicionais. Todavia, podem muito bem complementá-los. E devem fazê-lo¹⁰⁷. Sem que isso signifique, no entanto, que elas tenham de constituir, no sentido próprio ou técnico do termo, um novo (atípico) «meio de (obtenção de) prova». Por mais digitais ou virtuais que possam ser, as redes sociais continuam fazendo parte da rica nascente da qual jorra, incessantemente, a vida real.

6. Considerações Finais

Espero ter conseguido mostrar que, apesar da poluição normativa existente no Direito Europeu da protecção de dados pessoais, a relativa autonomização, como regime especial aplicável em matéria penal, da Diretiva UE 2016/680 é uma boa solução do ponto de vista legístico. Não é por acaso que este instrumento tem inspirado, por exemplo, o debate brasileiro a respeito do tema (que também é objecto de remissão interna para uma *lex specialis*)¹⁰⁸, bem como os projectos legislativos ali ainda em discussão¹⁰⁹.

Embora o tratamento de dados nominativos do visado (suspeito ou arguido) seja uma prática rotineira no processo penal, por isso já havendo vários preceitos legais que protegem o seu titular contra a utilização abusiva, há uma nítida mudança de paradigma, que caminha no sentido do armazenamento pré-preventivo (pré-cognitivo) de dados pessoais que possam vir a ter relevância probatória futura na hipótese de prática de um crime pelo seu titular.

¹⁰⁷ DRURY, B. / DRURY, S.M. / RAHMAN, A. / ULLAH, Ihsan, *Social Networks and Media* 30 (2022), p. 10-12.

¹⁰⁸ O estatuto de lei especial da chamada “LGPD Penal” é explicado pelo objectivo de propiciar (i) a segurança jurídica necessária para a actuação eficaz dos órgãos com competência em matéria criminal e (ii) a compatibilidade jusfundamental requerida para a sua participação em mecanismos de cooperação internacional. Cf. MILANEZI, R.S., *Direito e tecnologia*, p. 335-337.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, L.R., *Proteção de dados pessoais no processo penal e na segurança pública: problemas atuais e perspectivas*, p. 61 s., 101 s., 115 s., VALENTE, Victor Augusto Estevam, *A proteção de dados pessoais no Direito Penal*, p. 140 s., 189 s.

De qualquer maneira, a legitimidade desta evolução é mais do que duvidosa: ao gerar um *clima de supervisão massificada* (permanente, sistemática e indiferenciada) ela acaba por confundir a actividade de persecução penal não apenas com a actividade de segurança pública, mas também com a própria actividade dos serviços de inteligência, em total erosão do mandamento de separação informacional de poderes e da garantia de autodeterminação informativa.

As redes sociais não poderiam ficar de fora desta tendência, na medida em que potenciam de maneira exponencial a disponibilização de dados pessoais em um mundo cada vez mais digital. É certo que a “*Social Media Evidence*” (SME) já constitui uma realidade no processo penal contemporâneo. Entretanto, as informações obtidas neste ciberespaço continuam estando sujeitas às mesmas regras probatórias aplicáveis aos documentos em papel e a outros dados electronicamente armazenados, residindo a sua peculiaridade na maior propensão para manipulação ou falsificação¹¹⁰. O que torna ainda mais crucial, neste contexto, a preocupação com a chamada “cadeia de custódia da prova”¹¹¹.

Por enquanto, ainda não se avançou¹¹² para a imposição legal, quer aos usuários daqueles ambientes *online*, quer às empresas responsáveis pela sua gestão, de deveres jurídicos de colaboração com órgãos de persecução criminal, incluindo a obrigação de partilha (transmissão) de informação capaz de permitir a identificação de uma pessoa determinada ou determinável, pelo menos suspeita da prática de um crime¹¹³. Na procura pela convivência entre os princípios do Direito Processual Penal e os princípios da protecção de dados pessoais, há dois desafios primordiais: (i) assegurar que toda e qualquer intervenção na autonomia informacional respeite as exigências (materiais) de proporcionalidade e (formais) de legalidade; e (ii) resistir à tentação de transferir para os particulares as funções típicas da administração da justiça penal.

Ao violar o núcleo duro do princípio do monopólio estadual dos meios de coerção, uma tal delegação ou privatização da persecução criminal seria o passo decisivo rumo a um *vigilantismo estatal* alicerçado em métodos punitivos, com o completo esvaziamento do direito que cada um tem de controlar os dados relativos à sua própria pessoa e não ser convertido em mero objecto de informação. Casos recentes e com repercussões dramáticas para a democracia — como os ataques ao Capitólio (Washington D.C., 2021) e à Praça dos Três

¹¹⁰ MURPHY, J.P. / FONTECILLA, A, *Richmond Journal of Law & Technology* 19 (2013), p. 14, 18, 21 s.

¹¹¹ MAGRICO, M.A., *A exploração sexual de crianças no ciberespaço*, p. 94 s.

¹¹² LANE, J, *Footnotes - A Magazine of the American Sociological Association* 49 (2021), p. 2, a propósito da “desvantagem tecnológica” dos órgãos de persecução penal.

¹¹³ VAN GENDEREN, R.H., *Cybercrime investigation and the protection of personal data and privacy*, p. 33.

Poderes (Brasília, D.F., 2023) — só tornam ainda mais urgente uma discussão séria sobre o tema.

Evidentemente, aquele perigo é intensificado pelas possibilidades franqueadas pela inteligência artificial¹¹⁴, como ilustram, no contexto da OSINT, os algoritmos de aprendizagem activa que facilitam — em programas de monitoramento em linha — a «mineração» (prospecção), a classificação e a armazenagem de material (textos, imagens, vídeos, etc.) lançado nas redes sociais, incluindo dados pessoais, com vista à sua hipotética utilização em processos penais¹¹⁵. Tanto mais se considerarmos a proliferação de bancos de dados nominativos para as mais variadas finalidades e a igualmente crescente intercambialidade dos mesmos. Ainda que — no melhor dos cenários — tais ferramentas tecnológicas operem unicamente sob a supervisão de um ser humano, muita coisa ainda deverá ser ponderada. Em grande medida, o futuro da protecção de dados pessoais, também no processo penal, está na dependência daquilo que o *Digital Service Act*¹¹⁶ conseguir assegurar.

7. Referências Bibliográficas

ABDALLA, A., YAYILGAN, S.Y., «A Review of Using Online Social Networks for Investigative Activities», In: MEISELWITZ, G. (Eds.) *Social Computing and Social Media - Lecture Notes in Computer Science* (Vol. 8531), Berlin: Springer, 2014, p. 3-12.

BRIGHT, D. BREWER, R, MORSELLI, C, «Using social network analysis to study crime: Navigating the challenges of criminal justice records», *Social Networks*, 66 (2021), p. 50-64.

DE HERT, P / PAPAKONSTANTINO, V, « The proposed data protection Regulation Replacing Directive 95/46/EC: A sound system for the protection of individuals», *Computer Law & Security Review* 28 (2012), p. 130-142.

DRURY, B., DRURY, S.M. / RAHMAN, A. / ULLAH, I., «A social network of crime: A review of the use of social networks for crime and the detection of crime», *Social Networks and Media*, 30 (2022), p. 1-17.

FARIA COSTA, J, *Direito Penal e Liberdade*, Lisboa: Âncora Editora, 2020.

FARIA COSTA, J. / MONIZ, H, «Algumas reflexões sobre a criminalidade informática em Portugal», *Boletim da Faculdade de Direito* 73 (1997), p. 297-345.

GLEIZER, O/ MONTENEGRO, L / VIANA, E, *O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública*, Madri / São Paulo: Marcial Pons, 2021.

FIGUEIREDO, A.C.O., «Vazamento de dados pessoais: uma análise do art. 66.º do Anteprojeto de Lei de Protecção de Dados para segurança pública e persecução penal»,

¹¹⁴ V.g., as ferramentas que auxiliam (através da análise de textos, fotografias e vídeos) a identificação de estados de ânimo e sua comparação espaço-temporal (sincronização) com eventos relevantes em um caso criminal: ABDALLA, Adnan / YAYILGAN, Sule Yildirim, *Social Computing and Social Media - Lecture Notes in Computer Science* (Vol. 8531), p. 7.

¹¹⁵ KLIPPENSTEIN, Lee, *LawNow Magazine* 45 (2021), p. 1.

¹¹⁶ Regulamento UE 2022/2065, de 19 de outubro.

D'AVILA, F.R. / AMARAL, M.E.A. (Orgs.), *Direito e tecnologia*, Porto Alegre: Citadel, 2022, p. 285-299.

GIANNAKOULA, A., LIMA, D., / KAIKIFA-GBANDI, M., *Combating Crime in the Digital Age: a Critical Review of EU Information Systems in the Area of Freedom, Security and Justice in the Post-Interoperability Era. Challenges for Criminal Law and Personal Data Protection*, Leiden: Brill, 2020.

GRECO, L., «O inviolável e o intocável no direito processual penal: considerações introdutórias sobre o processo penal alemão e suas relações com o direito constitucional, o direito de política e o direito dos serviços de inteligência», WOLTER, J., *O inviolável e o intocável no direito processual penal. Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados e separação informacional de poderes diante da persecução penal*, Madri / São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 21-82.

HIRATA, A., «O Facebook e o direito à privacidade», *Revista de Informação Legislativa* 51 (2014), p. 17-27.

KAESLING, K., «Privatising Law Enforcement in Social Networks: A Comparative Model Analysis», *Erasmus Law Review* 3 (2018), p. 151-164.

KLIPPENSTEIN, L., «Social Media and Criminal Investigations: Public content and its role in solving crimes», *LawNow Magazine* 45 (2021), p. 1-4.

LANE, J., «Social Media as Criminal Evidence: Nem Possibilities, Problems», *Footnotes - A Magazine of the American Sociological Association* 49 (2021), p. 1-3.

MAGRICO, M.A., *A exploração sexual de crianças no ciberespaço*, Lisboa: Alêtheia Editores, 2014.

—, «Vigilância massiva de passageiros aéreos. Brevíssimas notas sobre a proteção da privacidade e dos dados pessoais à luz do direito da União Europeia», *Revista do Ministério Público* 168 (2021), p. 181-217.

—, «Notas sobre o regime instituído pela Diretiva n.º 2016/680 da União Europeia sobre a proteção de dados pessoais para efeitos de prevenção, deteção e repressão de infrações penais», *Revista do Ministério Público* 173 (2023), p. 59-85.

—, «Breves notas sobre a derrogação temporária de determinadas disposições da Diretiva E-Privacy da União Europeia para efeitos de deteção voluntária de material de abuso sexual de crianças no ciberespaço», *Revista do Centro de Estudos Judiciários* (2022), p. 55-98.

MASSENO, Manuel David, «A segurança no tratamento de dados pessoais no sistema judicial, em Portugal e no Brasil», *Revista do Centro de Estudos Jurídicos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina* 9 (2021), p. 1-9.

MILANEZI, R.C., «Análise do estado da arte do Banco Nacional de Perfil Genético e Multibiométrico à luz da Lei Geral de Proteção de Dados», D'AVILA, Fabio Roberto / AMARAL, Maria Eduarda Azambuja (Orgs.), *Direito e tecnologia*, Porto Alegre: Citadel, 2022, p. 323-342.

MITSILEGAS, V., *EU Criminal Law*, Portland: Hart Publishing, 2009.

MOURA, B.O., «O tratado de Lisboa e a legitimidade do Direito Penal e Processual Penal Europeu emergente», *Revista Liberdades* 8 (2011), p. 28-44.

—, «A propósito da chamada ‘tortura salvadora’: outra ‘quebra de tabu’, agora relativamente à valoração da prova?», *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 101 (2013), p. 229-282.

MURPHY, J.P. / FONTECILLA, A, «Social Media Evidence in Government Investigations and Criminal Proceedings: A Frontier of New Legal Issues», *Richmond Journal of Law & Technology* 19 (2013), p. 1-30.

NUNES, D.R., «Impedirá o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 a obtenção e a valoração, para fins de investigação criminal, de metadados conservados pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas ao abrigo da lei atualmente em vigor? », *Revista do Ministério Público* 170 (2022), p. 9-58.

OLIVEIRA, I, «Os regimes especiais de proteção de dados pessoais: exemplos de poluição legislativa da União Europeia? », COUTINHO, Francisco Pereira / MONIZ, Graça Canto, *Anuário de Proteção de Dados*, Lisboa: CEDIS, 2019, p.157-172.

OLIVEIRA, L.R., *Proteção de dados pessoais no processo penal e na segurança pública: problemas atuais e perspectivas*, São Paulo: Editora Dialética, 2022.

SCHNEIDER, M.D., «Proteção de dados, investigação criminal e eficiência: entre limites e possibilidades no compartilhamento do RIF para os órgãos de persecução penal», D'AVILA, Fabio Roberto / AMARAL, Maria Eduarda Azambuja (Orgs.), *Direito e tecnologia*, Porto Alegre: Citadel, 2022, pp. 302-322.

VALENTE, V. Augusto Estevam, *A proteção de dados pessoais no Direito Penal*, Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

VAN GENDEREN, R.H., *Cybercrime investigation and the protection of personal data and privacy*, Strasbourg: Council of Europe, 2008.

WOLTER, J, *O inviolável e o intocável no direito processual penal. Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados e separação informacional de poderes diante da persecução penal*, Madri / São Paulo: Marcial Pons, 2018.

A Certificação RTRS (Round Table On Responsible Soy) na Difusão Global da Soja Sustentável e Seus efeitos Extraterritoriais no Brasil

RTRS (round table on responsible soy) Certification in the Global Diffusion of Sustainable Soy and its Extraterritorial Effects in Brazil

Carolina Merida¹

Cárita Batista Andrade Gomes²

Sumário: 1. Introdução; 2. O direito sob o viés da governança transnacional; 3. Desenvolvimento sustentável e certificação da soja; 4. Externalidades da Certificação RTRS; 5. Efeitos da nova regulamentação da União Europeia sobre o desmatamento no Brasil; 6. Considerações Finais; 7. Referências bibliográficas.

Resumo: O tema do estudo dialoga com o direito e o agronegócio, com foco na certificação RTRS (*round table responsible soy*) para produção de soja sustentável e uma análise de seus efeitos extraterritoriais no Brasil. Justifica-se pela atuação cada vez mais premente de organizações e instituições de interesses sociais na configuração das relações privadas, ou seja, uma nova governança transnacional, de forma híbrida entre o setor público e privado, e pelo crescimento extraordinário da produção de soja, em razão dos acréscimos na demanda por alimentos em todo o mundo. A pesquisa aborda a certificação RTRS e sua influência na produção de soja, questionando a legitimidade de uma organização não estatal para impor exigências que possam afetar os países produtores, considerando a perspectiva normativa brasileira. O objetivo geral está em verificar a aplicação da certificação RTRS na produção de soja na dimensão da sustentabilidade e analisar como normas não estatais podem influenciar, inclusive na soberania de um estado nacional. Trata-se de uma pesquisa caráter exploratório, com metodologia bibliográfica, com uma abordagem qualitativa, baseada em dados obtidos de artigos científicos, livros, documentos internacionais e leis. Conclui-se que a Certificação RTRS uma nova governança na produção, exigindo mudanças nas práticas sustentáveis. Além de agregar valor ao produto, indica a qualidade do processo produtivo. É importante o diálogo entre as nações envolvidas para alcançar um acordo sobre as "regras", visando o avanço do mercado e o equilíbrio de interesses dos atores envolvidos na cadeia global de produção de soja, uma vez que essa regulação privada tem efeitos extraterritoriais.

Palavras-chave: Direito; agronegócio; sustentabilidade; certificação RTRS; governança transnacional.

Abstract: The theme of the study engages with law and agribusiness, focusing on the RTRS (Round Table Responsible Soy) certification for sustainable soy production and an analysis of its extraterritorial effects in Brazil. It is justified by the increasingly urgent role of organizations and institutions of social interest in shaping private relations, i.e. a new transnational governance that is hybrid between the public and private sectors, and by the extraordinary growth of soy production due to increased global food demand. The research addresses the RTRS certification and its influence on soy production, questioning the legitimacy of a non-state organization to impose requirements that may affect producer

¹ Pós-doutorado em Direito na Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (Espanha); Doutora em Direito Público pela UNISOS, Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC/GO, professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde na Graduação e na pós-Graduação e Procuradora do Município de Rio Verde. Email: merida@unirv.edu.br

² Mestranda em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento pela Universidade de Rio Verde, Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. E-mail: caritabag@gmail.com.

countries, considering the Brazilian normative perspective. The general objective is to verify the application of the RTRS certification in soy production in terms of sustainability, and to analyze how non-state norms can influence, including the sovereignty of a national state. This is an exploratory research with a bibliographic methodology, using a qualitative approach based on data obtained from scientific articles, books, international documents, and laws. It is concluded that the RTRS certification represents a new governance in production, requiring changes in sustainable practices. In addition to adding value to the product, it indicates the quality of the production process. Dialogue between the nations involved is important to reach an agreement on the "rules", aiming for market advancement and balancing the interests of actors involved in the global soy production chain, since this private regulation has extraterritorial effects.

Keywords: Law; agribusiness; sustainability; RTRS certification; transnational governance

1. Introdução

No mundo global exsurge novas tendências de governança capazes de alterar o foco e mudar as atividades entre os governos para as iniciativas multisetoriais, ou seja, uma governança em nível nacional para a governança em vários níveis internacionais, de procedimentos formais e legalistas para uma abordagem mais informal, participativa e integrada, emerge assim as interfaces do direito global.

Nesse contexto, o setor do agronegócio agrega na transformação de novos modelos de negócios, inovações tecnológicas e práticas sustentáveis, na busca incessante por crescimento e desenvolvimento do setor, direcionado ao compromisso de aliar sustentabilidade e produtividade.

A certificação RTRS (*round table on responsible soy*), ou mesa redonda, sobre soja responsável surge de uma iniciativa internacional, na qual se une vários atores (produtores, comerciantes, empresas, bancos e organizações sociais) em prol de garantir o cultivo de soja sustentável em todo o mundo e gerar a responsabilidade social. Trata-se de um processo de adequação às exigências e normas (trabalhistas e ambientais), na defesa dos direitos sobre a terra, bem-estar da população local, proteção da biodiversidade, utilização da água, do solo e de defensivos agrícolas, dentre outros.

A discussão centra-se nas exigências de certificação RTRS (*Round Table on Responsible Soy*) para commodities brasileiras, bem como às possibilidades de conflitos agrários, desmatamento e a necessidade de subsídios para que os pequenos produtores também sejam incluídos. A partir disso, o artigo discute a legitimidade dos órgãos internacionais com relação à imposição de regras globais em questões relacionadas ao desmatamento, considerando as especificidades do país. O estudo é realizado mediante uma revisão bibliográfica, a partir de uma abordagem qualitativa, com técnica explicativa.

2. O Direito Sob o Viés da Governança Transnacional

A globalização causou uma relativização da atuação do Estado nacional, criando novas relações sociais, comunicação, mercado e formas de convivência. Tais características geram a necessidade de um “Estado mundial”, que permita a coexistência de diversidades e variedades, diferindo da figura nacional ou da homogeneidade de um tipo único³.

Diante disso, não é mais possível entender os conceitos de Estado, internacionalização e direito em suas versões clássicas, tendo em vista que o Estado foi fortemente afetado pelo fenômeno da transnacionalidade como consequência da globalização. A transnacionalidade é diferente da globalização, a qual surgiu partir da conscientização global no tocante a percepção de que vários dilemas seculares não podem ser solucionados exclusivamente a partir dos Estados, sendo necessário incluir também os laços estabelecidos entre as diversas regiões do mundo.

A transnacionalidade é resultado da consciência global, ultrapassando os limites dos Estados. Ferrajoli⁴ entende que a globalização causa uma crise jurídica e reduz a soberania dos Estados. Em um mundo globalizado, a soberania dos Estados está sendo reduzida por outros atores internacionais, como outros Estados, organizações internacionais, empresas e redes. A aceitação da existência desta nova ordem jurídica transnacional é insustentável, já que a maioria das transações comerciais não se submete às leis nacionais ou internacionais.

O direito transnacional não fica restrito às questões econômicas, porquanto inclui relacionamentos entre atores estatais e não-estatais e atos jurídicos internacionais oficiais. É através das implicações destes relacionamentos que a governança transnacional é construída, administrável através do pluralismo jurídico transnacional e de regras, regulações, discursos e monitoramento⁵.

Gomes e Merchán⁶ salientam que estes regimes são centrados em interesses comuns, como a paz, o meio ambiente e os direitos humanos, e podem tornar a tomada de decisão mais eficaz e mais inclusiva. Assim, o debate é se o Direito Internacional precisa de uma consolidação e regulamentação por parte de entidades supranacionais ou se o caráter fraccionado e descentralizado dos regimes especializados funciona melhor.

O Direito Internacional está ligado ao equilíbrio de poder e utilidade, e sua validade

³ BECK, U. O que é Globalização? Equívocos do globalismo, respostas à Globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

⁴ FERRAJOLI, L. Diritti fondamentali: un dibattito teorico. A cura di Ermanno Vitale. 3. ed. Roma: Editori Laterza, 2008.

⁵ PIFFER, C; CRUZ, P.M. O direito transnacional e a consolidação de um pluralismo jurídico transnacional. 2019. Disponível em: <http://portal.amelica.org/ameli/journal/296/2961245006/html/> Acesso em: 03 de Jul. 2023.

⁶ GOMES, M.V.P.; MERCHÁN, C.R.. Governança Transnacional: Definições, Abordagens e Agenda de Pesquisa. Revista de Administração Contemporânea [online]. 2017, v. 21, n. 1. pp. 84-106. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1982-7849rac2017150332> Acesso em: 03 de Jul. 2023.

não depende apenas de documentos legais, mas também da capacidade de aplicação de sanções, ao qual divide em normas que se referem a interesses constantes e momentâneos, e sua validade pode ser baseada em leis morais, éticas e na vontade política. A percepção de que os regimes especializados são relevantes é o ponto central do debate sobre o pluralismo e a fragmentação desse ramo do direito.

A governança transnacional ressalta o papel dos atores públicos e privados na regulação, colocando o Estado como o agente de certificação e auditoria do ambiente regulatório. Estas mudanças apontam para a necessidade de considerar o contínuo surgimento de novos atores na regulação⁷.

Pode-se afirmar que a governança transnacional é uma resposta aos novos acontecimentos globais, por permitir que atores privados discutam e regulamentem assuntos de interesse público. No entanto, ela deve ser vista com cautela para que contribua para uma maior equidade e menos impactos ambientais. Por outro lado, é necessário compreender o poder como algo essencial à vida humana e como guia que norteia as relações da sociedade, considerando seu viés da globalização.

3. Desenvolvimento Sustentável e Certificação da Soja

O agronegócio brasileiro evoluiu nas últimas décadas, fortalecido pela agricultura, de modo a consolidar sua presença no mercado internacional de alimentos, em que a carne e os grãos se destacam como a maior conquista. Frente a isto, estas atividades se tornaram as mais importantes do Brasil no aspecto socioeconômico, responsável pela produção de alimentos e geração de riqueza para o país.

O agronegócio se tornou a principal fonte de receita do Brasil, porém, sua expansão também trouxe preocupações com a degradação do Meio Ambiente causada pelos produtores rurais. Isso ocorre devido à utilização desordenada e irresponsável dos recursos naturais. Diante disso, é necessário estabelecer normas legais que regulamentem o Meio Ambiente e garantam a gestão sustentável dos recursos naturais⁸.

Ferreira et al.,⁹ comentam que nos últimos anos, o Estado tem se esforçado para regularizar o agronegócio, incentivando práticas e políticas ambientais que promovam o desenvolvimento sustentável. Isso se tornou um diferencial competitivo devido à crescente

⁷ TORELLY, M. Do Direito Internacional À Governança Global: Mudanças Estruturais Do Espaço Transnacional. L Revista de Direito Brasileira. São Paulo, SP. v. 15 | n. 6, p. 20 – 46 set. /Dez. 2016.

⁸ FERREIRA, Rildo Mourão et al. Desenvolvimento sustentável e perspectiva sobre o agronegócio no Estado de Goiás. In: SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto; LINO, Estefânia Naiara da Silva; FERREIRA, Rildo Mourão (Orgs.). Direito do agronegócio: sustentabilidade, regulação e desenvolvimento. Goiânia: Kelps, 2019. p. 119.

⁹ *Ibid*, p. 148.

preocupação global com a proteção ambiental. O Direito desempenha um papel importante na implementação dessas políticas, especialmente na área ambiental, para garantir a preservação de um meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações, conforme estabelecido no art.225 da Constituição Federal.

Em 2018, a quantidade de soja exportada pelo Brasil atingiu um recorde de 83,6 milhões de toneladas. Isso se deve principalmente à alta demanda da China, que aumentou seu consumo de 53,8 milhões para 68,8 milhões de toneladas em um ano. Isso representa um aumento de 15 milhões de toneladas de soja em grãos¹⁰.

Aliado ao crescimento vertiginoso e constante do mercado da soja no Brasil e no mundo, a sustentabilidade, a segurança alimentar e o fracionamento também se despontam como principais temáticas abordadas nos últimos anos, de modo que servem de norte para as tendências de consumo no mercado brasileiro. Acredita-se que as discussões a respeito destes assuntos impactarão significativamente a pesquisa agropecuária, a forma de produção agrícola e o mercado consumidor nos anos vindouros.

Diante desta realidade incontestável, tornou-se necessário fazer mudanças na agricultura devido à escassez de recursos naturais. O agronegócio precisa continuar crescendo para sustentar a economia do país. É importante que os envolvidos no agronegócio se preocupem com a sustentabilidade, tecnologias, leis agrícolas e preservação dos recursos naturais.

Nesta conjuntura, a cada dia mais os *stakeholders* cobram das organizações a adoção de práticas que têm relação com a Gestão Ambiental, o que acabou por se tornar imprescindível para que as empresas consigam atender às necessidades dos compradores, bem como resguardarem-se contra no que diz respeito às normas legais. Diante disto, as organizações estão adotando as certificações ambientais¹¹.

Como pontuou Philippi Júnior¹², a crise ambiental é uma questão central na humanidade e levanta dúvidas sobre como a vida humana e a natureza podem coexistir de forma sustentável. A proteção do meio ambiente se tornou uma preocupação importante para os consumidores e a busca pela sustentabilidade nesse campo tem crescido. Reflexo disto é que a legislação ambiental brasileira, com enfoque no Código Florestal, se apresenta como uma das mais severas do mundo todo, com determinações acerca da preservação por

¹⁰ MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. Projeções do Agronegócio: Brasil 2018/19 a 2028/29 – projeções de longo prazo. Brasília, DF: Secretaria de Política Agrícola, 2019.

¹¹ AGUIAR, H.S.; NASCIMENTO, Paulo Tromboni de Souza; MELLO, Adriana Marotti. Certificação de sistema de gestão ambiental: alternativas possíveis. Revista Gestão Organizacional, v. 8, n. 1, p. 51-68, jan. /Abr. 2015.

¹² PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo. Sustentabilidade no agronegócio. Santana do Parnaíba: Manole, 2021.

unidade produtiva entre 20 e 80% da propriedade, a depender do bioma e da fitofisionomia florestal original¹³.

Diante das mudanças no comportamento dos consumidores, empresas estão adotando estratégias para lidar com essa questão. Elas buscam utilizar de forma mais sustentável os recursos naturais nas cadeias agrícolas. Para isso, enfrentam desafios como a necessidade de certificações e rastreabilidade com tecnologia, visando aumentar a transparência e confiabilidade na sustentabilidade e qualidade. Isso agrega mais valor à produção agrícola brasileira¹⁴.

Ao ponderar sobre a temática do desenvolvimento sustentável, Klink, Assunção e Vieira¹⁵ sustentam que no agronegócio ele “somente será alcançada quando o crescimento econômico e a conservação ambiental forem tratadas concomitantemente”. Não há, pois, que se pensar em sustentabilidade dissociada de desenvolvimento do agronegócio, pois ambos os fatores podem e devem estar atrelados.

Nos últimos anos uma das mais principais exigências, tanto dos consumidores, quanto das *tradings*, indústrias e outros *players* da cadeia produtiva de *commodities* agrícolas, tem sido a comprovação da conformidade total com os quesitos ambientais legais nacionais¹⁶. Neste contexto, cresce cada vez mais a busca por certificação da atividade agrícola.

4. Externalidades da Certificação RTRS

Em 2004, ocorreu o primeiro fórum de discussão sobre a soja sustentável. Dois anos depois, surgiu a certificação RTRS, que busca assegurar a sustentabilidade e responsabilizar os produtores pelos danos ao meio ambiente^{17,18}. A RTRS é uma associação internacional sem fins lucrativos que promove o crescimento da produção, comércio e uso responsável de soja. A Associação atua por meio da cooperação de diferentes atores da cadeia produtiva e possui um padrão global de certificação.

A certificação RTRS em sido utilizada oficialmente desde a safra 2010/2011, tendo

¹³ BOLFE, E.L. et al. Potencialidades das certificações e da rastreabilidade para explicitar a sustentabilidade, qualidade e agregar maior valor à produção agrícola brasileira. 2021 – Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-publicacoes/-/publicacao/1137384/potencialidades-das-certificacoes-e-da-rastreabilidade-para-explicitar-a-sustentabilidade-qualidade-e-agregar-maior-valor-a-producao-agricola-brasileira>. Acesso em: 3 nov. 2022.

¹⁴ BOLFE et al. *op.cit.*, p. 47.

¹⁵ KLINK, C.A.; ASSUNÇÃO, J; VIEIRA, M. W.B. É possível conciliar o agronegócio e a sustentabilidade? 2021. p. 175. Disponível em: https://cerradoinitiative.eco.br/downloads/Cap6_livro_Manole_9786555764512_S01C006.pdf, acesso em 14 nov. 2022.

¹⁶ BOLFE, et al., *op.cit.*, p. 45.

¹⁷ LIMA, L.A.; MARTINS, K. RTRS, moratória da soja e soja plus: uma panorâmica da busca por uma soja sustentável. Revista Científica ANAP Brasil, ISSN 1984-3240 – Vol. 14, n. 34, 2021.

¹⁸ RTRS. Round Table on Responsible Soy. Conduzindo juntos o futuro da soja. Disponível em: <https://responsiblesoy.org/?lang=pt-br>. Acesso em: 20 set. 2022.

como pioneira uma empresa brasileira, com sede em Cuiabá/MT, denominada AMAGGI. As certificações socioambientais têm como objetivo apresentar diretrizes de sustentabilidade que visem a regularizar o setor ¹⁹.

A busca por diferenciação dos produtores de soja levou à certificação do produto para atender às exigências dos mercados consumidores. A certificação de um Sistema de Gestão Ambiental mostra que a empresa adotou práticas voltadas para minimizar os impactos da sua atividade e preservar os recursos naturais. Essa atitude tem sido um diferencial no mercado, especialmente na escolha de fornecedores alinhados com a estratégia da empresa.

Ademais, Melo Guadagin e Melo ²⁰ mencionam que tornou-se bastante comum a busca, por parte dos produtores de soja, em especial os grandes, de diferenciação para seu produto, com vistas a terem destaque num mercado altamente competitivo. Esta procura conduz, necessariamente, à certificação da soja, que se propõe a adequar o produto às exigências dos mercados consumidores.

Por intermédio da certificação, as empresas e setores não governamentais da sociedade podem responder, ainda que de modo provisório, às demandas da sociedade por relações mais justas e sustentáveis nos sistemas de produção em meio ao capitalismo²¹.

Córdova ²² discorre que a certificação tem como uma de suas funções, regular o mercado, pois, por intermédio de um tipo de auditoria conduzida por terceiros, assegura que a origem e o manejo dos produtos aconteçam de forma sustentável. Entretanto, há uma preocupação acentuada com relação aos custos desta certificação, o que pode representar um entrave, principalmente no que diz respeito às pequenas propriedades.

Entre 1996 e 2004, a produção mundial de soja aumentou em 58%, chegando a 206 milhões de toneladas. Na América do Sul, esse crescimento foi ainda maior, alcançando 123%, devido à demanda da União Europeia e China. A FAO prevê que a produção de soja aumentará em 515 milhões de toneladas até 2050²³.

A sociedade contemporânea é complexa e passa por constantes transformações. Isso se reflete nos novos padrões de consumo alimentar, impulsionados por fatores como o

¹⁹ TORRES, H.H.F. A busca pela sustentabilidade na produção de soja brasileira: um estudo sobre a certificação RTRS (Round Table on Responsible Soy) aplicada na empresa AMAGGI. 111f.2017. Dissertação (Especialização em Economia em Meio Ambiente) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017.

²⁰ MELO, E.F.R.Q.; GUADAGIN, P; MELO, R.H.Q. Análise da certificação sustentável na produção de soja por RTRS. XVI Fórum Ambiental. 24 a 26 de junho de 2020.

²¹ RAASCH, W.G. A rede de produção de soja certificada RTRS de Mato Grosso e Goiás. 2020. 156f. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Universidade de Brasília, Brasília (DF), 2020.

²² CÓRDOVA, T.G.Z. Impactos da certificação FSC SLIMF nos meios de vida de grupos de pequenos produtores. 2018. 96f. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

²³ TORRES, *op.cit.*, p. 3.

aumento da população, a urbanização e a renda. Além do preço, os consumidores valorizam cada vez mais características como sensorialidade, saúde, praticidade, qualidade e sustentabilidade nos alimentos. As tecnologias da informação e comunicação, como as mídias sociais e plataformas digitais, também tiveram um grande impacto nas relações entre produtores e consumidores de alimentos.

Torres²⁴ destaca que existe uma clara tendência de que, tanto no Brasil, quanto no mundo, as diretrizes padronizadas de produção agrícola responsável se transformem num compromisso de todos os produtores rurais e da totalidade da cadeia produtiva, em que as certificações representarão a mola propulsora. Ele ainda ressalta que “a soja certificada neste padrão vem sendo comercializada pelo Brasil desde 2011 e está em franca expansão. A demanda internacional, principalmente do mercado Europeu, por soja sustentável vem aumentando de forma significativa”. A autora ainda comenta que nos anos de 2013 e 2014, por exemplo, a demanda por soja certificada teve um acréscimo de 50%.

Frente a isto, criou-se um mercado mundial de soja certificada, onde os compradores apresentam uma forte tendência em adquirir somente o produto certificado, no intuito de garantir uma atividade mais sustentável. Por outro lado, o produtor se beneficia com a certificação por garantir o acesso ao mercado médio e longo prazo, o que possibilita o fomento da empresa, bem como a redução da degradação ao Meio Ambiente²⁵.

5. Efeitos da Nova Regulamentação da União Europeia sobre o Desmatamento no Brasil

A União Europeia tem se destacado pela implementação de políticas estratégicas sustentáveis na cadeia agroalimentar, como a estratégia "Farm to Fork" (F2F) criada como parte do Pacto Ecológico Europeu. Essa iniciativa visa promover padrões mais sustentáveis na cadeia agroalimentar, acelerando a transição para um sistema alimentar que tenha impacto ambiental neutro ou positivo. Além de contribuir para a mitigação das mudanças climáticas, ela tem como objetivo preservar a biodiversidade e garantir a segurança alimentar²⁶.

A estratégia inclui a redução do uso de pesticidas e fertilizantes, a preservação obrigatória de parte das propriedades rurais e a destinação de uma porção da área cultivável para a produção de orgânicos. Além disso, busca fornecer informações aos consumidores

²⁴ TORRES, *op.cit.*, p. 3.

²⁵ MELO; GUADAGIN; MELO. *op. cit.* p.98.

²⁶ MERIDA, C; LACERDA, M.C. *Pacto Ecológico Europeu, “Farm to Fork” e o Agronegócio Brasileiro: principais desafios*. In: VEIGA, Fábio da Silva; BRITO, Paulo de. *Future Law*, vol. III, Porto: IBEROJUR, 2022, p. 223-233.

sobre a produção sustentável dos alimentos, promovendo transparência e rastreabilidade. Essas medidas têm potencial impacto sobre o agronegócio brasileiro, principalmente no que diz respeito às exportações para a União Europeia.

Ainda, sob a égide da sustentabilidade, a União Europeia decidiu não aceitar importações relacionadas à devastação de ecossistemas. A reunião dos Comissão, Conselho e Parlamentos Europeu prosseguiu para estabelecer uma data de corte de 31 de dezembro de 2020 para a supressão de florestas, veículo legal ou ilegal ²⁷.

Porém, com esse novo regulamento tem um potencial para desencadear conflitos agrários no Brasil, com grandes produtores buscando terras em outras áreas, forçando assim os pequenos a se mudar para locais desmatados. E ainda, ele não inclui outros ecossistemas, o que levanta o risco de a produção ser deslocada para outras regiões, aumentando o desmatamento.

As mudanças nas regulamentações da UE podem prejudicar pequenos produtores, pois os custos de adaptação podem excluí-los da exportação. Distribuir esses custos entre todos os membros da cadeia é necessário. Para os pequenos agricultores, subsídios da UE são importantes para se adaptar. Aqueles que não conseguirem se adaptar podem vender em outros mercados ou internamente, evitando as regras europeias contra o desmatamento²⁸.

Novo regulamento da UE exige rastreamento e proíbe desmatamento nas commodities importadas. Grandes empresas têm 18 meses para implementar sistema de rastreabilidade, enquanto pequenos empreendedores têm até 24 meses. Objetivo é expandir diretrizes para outros produtos em dois anos²⁹.

Há expectativa de que outros biomas sejam incluídos, exigindo assim do agricultor uma conscientização para que a produção não seja transferida para essas regiões. Após a entrada em vigor da nova regulamentação, os produtores que exportam para a UE precisam seguir os requisitos documentais, o que pode gerar um aumento nos preços. Enquanto as grandes empresas provavelmente conseguirão realizar as alterações sem problemas, os pequenos podem ser excluídos devido aos custos.

Para evitar que isso ocorra, subsídios são dados, especialmente pelo bloco europeu,

²⁷ MERLADETE, A. Agronegócio brasileiro reage à Lei da União Europeia, 2023. Disponível em: https://www.agrolink.com.br/noticias/agronegocio-brasileiro-reage-a-lei-da-uniao-europeia_478594.html. Acesso em: 25 de mai. 2023.

²⁸ POLSTERER, N. *apud* WELLE, D. Como lei antidesmatamento da UE pode afetar o Brasil. 2023. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/mundo/como-lei-antidesmatamento-da-ue-pode-afetar-o-brasil/>. Acesso em: 25 de mai. 2023.

²⁹ WWF-BRASIL. Nova lei da UE reforça necessidade de medidas urgentes para o desmatamento zero no Brasil, 2022. Disponível em: <https://www.wwf.org.br/?84322/Nova-lei-da-UE-reforca-necessidade-de-medidas-urgentes-para-o-desmatamento-zero-no-Brasil>. Acesso em: 25 de mai. 2023.

com a finalidade de possibilitar a implementação das mudanças. Além disso, a lei tem o potencial de estimular conflitos agrícolas e com isso, o desmatamento de outras áreas. Carvalho³⁰, afirmou que a nova legislação busca se sobrepor à legislação nacional, não respeitando o que a lei brasileira permite, como o uso de 80% da propriedade para a agropecuária na região amazônica, por exemplo.

Contudo, as principais tradings que atuam no Brasil cumprem o programa de “desmatamento zero” desde 2008, quando aquelas áreas foram desmatadas após aquela data. A nova norma exige das empresas que exportam para a UE uma declaração de “*due diligence*” com informações “verificáveis” sobre produtos como café, carne bovina, soja, cacau, óleo de palma, borracha, madeira e carvão vegetal, e derivados como couro, chocolate e móveis.

Em 2017, a quantidade de soja certificada RTRS comercializada foi pequena, apesar da demanda europeia por esse produto aumentar. O setor enfrenta desafios, como a variedade de padrões de certificação que podem gerar falta de transparência. Além disso, como a soja é consumida indiretamente no varejo, há pouco incentivo para pagar pela certificação. Pequenos e médios agricultores têm maiores custos na certificação, enquanto os prêmios de preço são baixos, tornando o investimento pouco atrativo.³¹

Conforme explicado por Olivia Zerbini, do Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia, em uma entrevista para o Rádio Agência Brasil, em uma conversa com o repórter Corrêa³² os produtores brasileiros estão aptos a cumprir as exigências da nova lei da Europa para sete cadeias (bovino, cacau, café, óleo de palma, couro, soja e madeira). No entanto, a comparação entre a “conversão de uso do solo permitida em lei” e o “desmatamento ilegal”, que já é punido pela legislação nacional, pode complicar a adaptação dos produtores.

A APROSOJA³³ criticou a lei que considera ser um “protecionismo comercial disfarçado de preocupação ambiental” enquanto Olivia opina que essa legislação traz várias possibilidades, como a proteção da Amazônia, o aumento da produção no Cerrado e a busca de europeus por outros mercados, como Estados Unidos ou China.

Por fim, sugere que esta pode ser uma ótima oportunidade para a expansão das

³⁰ CARVALHO, L.C.C.. Agronegócio brasileiro reage à lei da UE que proíbe produtos ligados a desmatamento. 2023. Disponível em: <https://globorural.globo.com/politica/noticia/2023/04/abag-reage-contra-lei-da-ue-que-proibe-importacoes-de-produtos-ligados-a-desmatamento.ghtml>. Acesso em: 25 de mai. 2023.

³¹ GILIO, L; JANK, M.S. O Brasil no Agro Global: reflexões sobre a inserção do agronegócio brasileiro nas principais macrorregiões do planeta / editado por– São Paulo: Insper, 2021. Disponível em: https://anffasindical.org.br/images/comunicacao/noticias/2021/11-NOVEMBRO/22/Livro_O_Brasil_no_Agro_completo.pdf. Acesso em: 25 de mai. 2023.

³² CORRÊA, G. Nova regra da União Europeia pode dificultar exportações brasileiras. 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/economia/audio/2023-04/nova-regra-da-uniao-europeia-pode-dificultar-exportacoes-do-brasil>. Acesso em: 25 de mai. 2023.

³³ CORRÊA. *op.cit.* p. 04.

commodities mais comprometidas com o meio ambiente. Apesar de haver algumas lacunas, os especialistas acreditam que o novo regulamento da UE representa um grande passo para o combate ao desmatamento e mudanças climáticas. Segundo Rittl³⁴, assessor de política internacional da *Rainforest Foundation Norway*, entrevistado recentemente por Welle³⁵, ressalta que o acordo envia um sinal para a União Europeia e influenciará outras discussões em países como os Estados Unidos.

Esse regulamento alcançará o sucesso quando outros grandes mercados como a China e EUA forem alinhados, para que não haja movimento de *commodity* de destruição ambiental. Assim, o pioneirismo europeu deverá ser seguido e replicado pelos outros países. Polsterer³⁶ destaca que a nova regra pode ajudar o Brasil a atingir sua meta de zerar o desmatamento na Amazônia para 2030.

No entanto, Grizzi³⁷, por sua vez, compreende que a UE não tem direito de alterar as políticas de desmatamento existentes no Brasil, porquanto isso é competência exclusiva do Brasil definir as regras de desmatamento. A UE pode aconselhar o desenvolvimento de soluções para melhorar o manejo da floresta e as práticas de desmatamento.

A UE pode impor o desmatamento zero aos produtos importados, o que significa que os produtores de soja da UE devem garantir que essa exigência seja cumprida no país de origem da soja³⁸.

A nova regulamentação da UE visando combatendo o desmatamento e as mudanças climáticas é um passo importante para que, de forma gradual, os grandes polos de produção alterem sua postura em relação à preservação ambiental. Entretanto, por conter algumas lacunas, teme-se que se utilize como mecanismo de protecionismo comercial, em um cenário de exportação para o mercado europeu em detrimento dos pequenos produtores.

6. Considerações Finais

³⁴ RITTL, C. Lei antidesmatamento da UE pode afetar o Brasil 2023, 2023. Disponível em: <https://contec.org.br/lei-antidesmatamento-da-ue-pode-afetar-o-brasil/>. Acesso em: 25 de mai. 2023.

³⁵ WELLE, op.cit.

³⁶ POLSTERER, N. Lei antidesmatamento da UE pode afetar o Brasil 2023. 2023.

Disponível em: <https://contec.org.br/lei-antidesmatamento-da-ue-pode-afetar-o-brasil/>. Acesso em: 25 de mai. 2023.

³⁷ GRIZZI, A.L. Com regra da UE, sustentabilidade chega à balança comercial do Brasil. 2023. Disponível em: <https://www.capitalreset.com/com-regra-da-ue-sustentabilidade-chega-a-balanca-comercial-do-brasil/>. Acesso em: 25 de mai. 2023.

³⁸ CANNON, J. Corte legal ou desmatamento zero? Europa e EUA debatem as regras para compra de *commodities*. 2020. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/624151-corte-legal-ou-desmatamento-zero-europa-e-eua-debatem-as-regras-para-compra-de-commodities>. Acesso em: 25 de mai. 2023.

O agronegócio cresceu muito nas últimas décadas no panorama global e o Brasil é um dos maiores produtores de grãos do mundo. Neste contexto, a soja se destaca como um dos grãos mais comercializados. No caso específico do Brasil, a expansão desta atividade ocorreu de forma muito rápida e significativa, em especial em razão da riqueza do país em recursos naturais, o que trouxe benefícios inegáveis para a economia brasileira e, conseqüentemente, para a sociedade como um todo. A sojicultura se destaca como uma das principais atividades exploradas pelo agronegócio brasileiro.

Em consequência disso, a UE vem implementando políticas sustentáveis na cadeia agroalimentar, como a redução do uso de pesticidas e fertilizantes, incentivando produtos orgânicos. Essa estratégia está fundamentada na busca pela diminuição dos impactos das mudanças climáticas, de maneira a preservar a biodiversidade e garantir a segurança alimentar.

Todavia, o que se pode observar ao longo do estudo em tela é que as mudanças regulatórias promovidas unilateralmente pela UE (notadamente exigências de rastreabilidade e desmatamento zero) podem impactar o agronegócio brasileiro, especialmente quanto aos pequenos e médios produtores rurais cuja produção seja destinada à exportação. Assim, para evitar a exclusão do mercado europeu, esses produtores precisarão de subsídios para se adaptarem às novas exigências. Além disso, é essencial expandir as diretrizes para outros biomas e produtos, de modo a garantir uma produção verdadeiramente sustentável.

A proposta da UE de proibir a importação de produtos originados de áreas desmatadas, mesmo que de forma legal, é questionável em sua legitimidade. Isso porque impor esses padrões pode causar prejuízos significativos aos agricultores, como custos elevados de certificação e restrições de área de produção, o que entra em conflito com o desmatamento legal permitido pela legislação brasileira.

Em razão disso, sustenta-se que o diálogo deve ser incentivado entre todos os atores envolvidos na cadeia global de produção de alimentos, para que seja possível alcançar um acordo sobre as regras e melhores práticas a serem adotadas nos empreendimentos agrícolas considerando os maiores interesses de ambos os lados – países produtores (em geral em desenvolvimento) e países importadores, considerando as características locais e regionais, territorialidade e soberania de cada nação. Não é possível onerar somente os produtores rurais e as economias em desenvolvimento para o alcance de metas de interesse e impacto global como mitigação de mudanças climáticas e desenvolvimento sustentável.

É preciso desenvolver medidas que incentivem a produção certificada, a fim de manter e ampliar a participação nos mercados europeus, com soluções que beneficiem tanto o meio ambiente quanto os agricultores, para que a produção de soja no Brasil seja

sustentável e economicamente viável. Assim, poderá se garantir um futuro mais seguro e próspero para o setor agrícola. A certificação RTRS, que busca combater o desmatamento, é uma das ferramentas já em aplicação com essa finalidade. Contudo, os elevados custos incorridos no processo de certificação acabam por inviabilizar o acesso de pequenos produtores.

Por fim, importa salientar que o objetivo da pesquisa não era esgotar o assunto discutido, mas sim trazer à tona os reflexos das novas regulamentações europeias para os produtores brasileiros. Portanto, é válido ressaltar que ainda existem questões que precisam ser exploradas de maneira mais aprofundada, tais como a análise das legislações e políticas nacionais de cada país, as quais podem ter um impacto significativo na implementação das certificações e regulamentações. E ainda, é de grande importância considerar também como os custos e benefícios são distribuídos ao longo da cadeia agroalimentar, visando garantir uma equidade nesse processo.

Ademais, é fundamental examinar os impactos socioeconômicos que a implementação dessas certificações e regulamentações podem trazer para a produção de soja. Esses impactos vão além do aspecto ambiental e envolvem questões como o emprego e o desenvolvimento regional. Para isso, é necessário buscar soluções alternativas que possibilitem conciliar a sustentabilidade ambiental com a viabilidade econômica da produção de soja.

7. Referências Bibliográficas

AGUIAR, H.S.; NASCIMENTO, P.T.S.; MELLO, A.M. Certificação de sistema de gestão ambiental: alternativas possíveis. *Revista Gestão Organizacional*, v. 8, n. 1, p. 51-68, jan. /abr. 2015.

BECK, U. O que é Globalização? Equívocos do globalismo, respostas à Globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOLFE, E.L. et al. Potencialidades das certificações e da rastreabilidade para explicitar a sustentabilidade, qualidade e agregar maior valor à produção agrícola brasileira. 2021 – Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-publicacoes/-/publicacao/1137384/potencialidades-das-certificacoes-e-da-rastreabilidade-para-explicitar-a-sustentabilidade-qualidade-e-agregar-maior-valor-a-producao-agricola-brasileira>. Acesso em: 3 nov. 2022.

CANNON, J. Corte legal ou desmatamento zero? Europa e EUA debatem as regras para compra de *commodities*. 2020. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/624151-corte-legal-ou-desmatamento-zero-europa-e-eua-debatem-as-regras-para-compra-de-commodities>. Acesso em: 25 de mai. 2023.

CARVALHO, L.C.C. Agronegócio brasileiro reage à lei da UE que proíbe produtos ligados a desmatamento. 2023. Disponível em: <https://globorural.globo.com/politica/>

noticia/2023/04/abag-reage-contralei-da-ue-que-proibe-importacoes-de-produtos-ligados-a-desmatamento.ghml. Acesso em: 25 de mai. 2023.

CÓRDOVA, T.G.Z. Impactos da certificação FSC SLIMF nos meios de vida de grupos de pequenos produtores. 2018. 96f. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

CORRÊA, G. Nova regra da União Europeia pode dificultar exportações brasileiras. 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/radioagencia-nacional/economia/audio/2023-04/nova-regra-da-uniao-europeia-pode-dificultar-exportacoes-do-brasil>. Acesso em: 25 de mai. 2023.

FERRAJOLI, L. Diritti fondamentali: un dibattito teorico. A cura di Ermanno Vitale. 3. ed. Roma: Editori Laterza, 2008.

FERREIRA, R.M. et al. Desenvolvimento sustentável e perspectiva sobre o agronegócio no Estado de Goiás. In: SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto; LINO, Estefânia Naiara da Silva; FERREIRA, Rildo Mourão (Orgs.). Direito do agronegócio: sustentabilidade, regulação e desenvolvimento. Goiânia: Kelps, 2019.

GILIO, L; JANK, M.S. O Brasil no Agro Global: reflexões sobre a inserção do agronegócio brasileiro nas principais macrorregiões do planeta / editado por– São Paulo: Insper, 2021. Disponível em: https://anffasindical.org.br/images/comunicacao/noticias/2021/11-NOVEMBRO/22/Livro_O_Brasil_no_Agro_completo.pdf. Acesso em: 25 de mai. 2023

GOMES, M.V.P; MERCHÁN, C.R. Governança Transnacional: Definições, Abordagens e Agenda de Pesquisa. Revista de Administração Contemporânea [online]. 2017, v. 21, n. 1. pp. 84-106. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1982-7849rac2017150332> Acesso em: 03 de Jul. 2023.

GRIZZI, A.L. Com regra da UE, sustentabilidade chega à balança comercial do Brasil. 2023. Disponível em: <https://www.capitalreset.com/com-regra-da-ue-sustentabilidade-chega-a-balanca-comercial-do-brasil/>. Acesso em: 25 de mai. 2023.

KLINK, C.A. ASSUNÇÃO, J; VIEIRA, M= W.B. É possível conciliar o agronegócio e a sustentabilidade? 2021. Disponível em: https://cerradoinitiative.eco.br/downloads/Cap6_livro_Manole_9786555764512_S01C006.pdf, Acesso em: 14 nov. 2022.

LIMA, Leonardo Andrade de; MARTINS, Karina. RTRS, moratória da soja e soja plus: uma panorâmica da busca por uma soja sustentável. Revista Científica ANAP Brasil, ISSN 1984-3240 – Vol. 14, n. 34, 2021.

MELO, E.F.R.Q; GUADAGIN, P; MELO, R.H.Q. Análise da certificação sustentável na produção de soja por RTRS. XVI Fórum Ambiental. 24 a 26 de junho de 2020.

MERIDA, C; LACERDA, M.C. *Pacto Ecológico Europeu, “Farm to Fork” e o Agronegócio Brasileiro: principais desafios*. In: VEIGA, Fábio da Silva; BRITO, Paulo de. Future Law, vol. III, Porto: IBEROJUR, 2022, p. 223-233.

MERLADETE, A. Agronegócio brasileiro reage à Lei da União Europeia, 2023. Disponível em: https://www.agrolink.com.br/noticias/agronegocio-brasileiro-reage-a-lei-da-uniao-europeia_478594.html. Acesso em: 25 de mai. 2023.

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. Projeções do Agronegócio: Brasil 2018/19 a 2028/29 – projeções de longo prazo. Brasília, DF: Secretaria de Política Agrícola, 2019.

PHILIPPI JÚNIOR, A. Sustentabilidade no agronegócio. Santana do Parnaíba: Manole, 2021.

PIFFER, C; CRUZ, P.M. O direito transnacional e a consolidação de um pluralismo jurídico transnacional. 2019. Disponível em: <http://portal.amelica.org/ameli/journal/296/2961245006/html/> Acesso em: 03 de jul. 2023.

POLSTERER, N. Lei antidesmatamento da UE pode afetar o Brasil 2023, 2023. Disponível em: <https://contec.org.br/lei-antidesmatamento-da-ue-pode-afetar-o-brasil/>. Acesso em: 25 de mai. 2023.

RAASCH, W.G. A rede de produção de soja certificada RTRS de Mato Grosso e Goiás. 2020. 156f. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Universidade de Brasília, Brasília (DF), 2020.

RITTL, C. Lei antidesmatamento da UE pode afetar o Brasil 2023, 2023. Disponível em: <https://contec.org.br/lei-antidesmatamento-da-ue-pode-afetar-o-brasil/>. Acesso em: 25 de mai. 2023.

RTRS. Round Table on Responsibili Soy. Conduzindo juntos o futuro da soja. Disponível em: <https://responsiblesoy.org/?lang=pt-br>. Acesso em: 27 out. 2022. Constituição Federal de 1988

TORELLY, M. Do Direito Internacional À Governança Global: Mudanças Estruturais Do Espaço Transnacional. I Revista de Direito Brasileira. São Paulo, SP. v. 15 | n. 6, p. 20 – 46 set. /Dez. 2016.

TORRES, H.H.F. A busca pela sustentabilidade na produção de soja brasileira: um estudo sobre a certificação RTRS (Round Table on Responsible Soy) aplicada na empresa AMAGGI. 111f. Dissertação (Especialização em Economia em Meio Ambiente) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017.

WELLE, D. Como lei antidesmatamento da UE pode afetar o Brasil. 2023. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/mundo/como-lei-antidesmatamento-da-ue-pode-afetar-o-brasil/>. Acesso em: 25 de mai. 2023.

WWF-BRASIL. Nova lei da UE reforça necessidade de medidas urgentes para o desmatamento zero no Brasil, 2022. Disponível em: <https://www.wwf.org.br/?84322/Nova-lei-da-UE-reforca-necessidade-de-medidas-urgentes-para-o-desmatamento-zero-no-Brasil>. Acesso em: 25 de mai. 2023.

Governança Digital e Participação Cidadã: Uma Proposta de Plataforma de Incentivo para Políticas Públicas

Digital governance and citizen participation: a proposal for an incentive platform for public policies

Dora Resende Alves¹

Ana Caroline de Melo Tavares²

Sumário: 1. Introdução; 2. Participação Cidadã e Governança Digital; 3. Desenvolvimento da Plataforma de Incentivo para Políticas Públicas; 4. Funcionalidades da Plataforma de Incentivo para Políticas Públicas; 5. Benefícios da Plataforma de Incentivo para Políticas Públicas; 6. Conclusão; 7. Referências Bibliográficas.

Resumo: A governança digital e a participação cidadã têm se tornado temas cada vez mais relevantes no debate sobre políticas públicas e inovação. Nesse contexto, a proposta deste artigo é apresentar uma plataforma de incentivo para a participação cidadã na construção e implementação de políticas públicas. A plataforma proposta tem como objetivo aproximar cidadãos e governos, promovendo a transparência, a colaboração e a participação ativa da sociedade na gestão pública. Para isso, a plataforma foi projetada para ser de fácil uso e acessível, permitindo que os usuários possam contribuir com ideias, sugestões e comentários sobre políticas públicas e projetos governamentais. Além disso, a plataforma inclui ferramentas de análise de dados e de visualização, que permitem que os gestores públicos possam acompanhar a opinião pública sobre temas específicos e fazer ajustes nas políticas públicas em tempo real. Espera-se que a plataforma proposta possa contribuir para uma maior participação cidadã na construção e implementação de políticas públicas, promovendo uma gestão pública mais democrática, transparente e eficiente.

Palavras-chave: governança digital; participação cidadã; políticas públicas; plataforma de incentivo; inovação.

Abstract: Digital governance and citizen participation have become increasingly relevant themes in the debate about public policy and innovation. In this context, the proposal of this article is to present an incentive platform for citizen participation in the construction and implementation of public policies. The proposed platform aims to bring citizens and governments together, promoting transparency, collaboration and active participation of society in public management. To this end, the platform was designed to be user-friendly and accessible, allowing users to contribute ideas, suggestions, and comments on public policies and government projects. In addition, the platform includes data analysis and visualization tools, which allow public managers to track public opinion on specific issues and make adjustments to public policies in real time. It is expected that the proposed platform can contribute to greater citizen participation in the construction and implementation of public policies, promoting a more democratic, transparent and efficient public management.

Keywords: digital governance; citizen participation; public policies; incentive platform; innovation.

¹ Professora Doutora em Direito e Professora Associada da Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPT). Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense (IJP). Porto, Portugal. dra@upt.pt.

² Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Portucalense. Membro da Área Científica de Política e Governança Internacional do Instituto Jurídico Portucalense. Pesquisador Instituto Jurídico Portucalense (IJP). E-mail: anacarolinetavares@hotmail.com.

Introdução

A governança digital e a participação cidadã são temas de grande relevância no debate sobre políticas públicas e inovação. A tecnologia tem mudado a forma como as pessoas se relacionam com as instituições públicas e a sociedade em geral, proporcionando novas formas de incentivo e participação ativa. A utilização de plataformas digitais para a interação entre governos e cidadãos tem se mostrado uma estratégia eficiente para promover a transparência, a colaboração e a participação da sociedade na gestão pública.

Nesse sentido, a proposta deste artigo é apresentar uma plataforma de incentivo para a participação cidadã na construção e implementação de políticas públicas. A plataforma proposta tem como objetivo aproximar cidadãos e governos, promovendo uma gestão pública mais democrática, transparente e eficiente. Para isso, a plataforma foi projetada para ser de fácil uso e acessível, permitindo que os usuários possam contribuir com ideias, sugestões e comentários sobre políticas públicas e projetos governamentais. Além disso, a plataforma inclui ferramentas de análise de dados e de visualização, que permitem que os gestores públicos possam acompanhar a opinião pública sobre temas específicos e fazer ajustes nas políticas públicas em tempo real.

Espera-se que a plataforma proposta possa contribuir para uma maior participação cidadã na construção e implementação de políticas públicas, promovendo uma gestão pública mais democrática, transparente e eficiente. Para tanto, serão apresentados, a seguir, os conceitos fundamentais de governança digital e participação cidadã, seguidos pelo desenvolvimento da plataforma de incentivo para políticas públicas e suas funcionalidades. Por fim, serão discutidos os benefícios esperados com a implementação da plataforma proposta.

2. Políticas Públicas, Governança e Inovação: Perspectivas Teóricas sobre Políticas Públicas, Governança e Inovação com Enfoque Jurídico

As políticas públicas, a governança e a inovação são conceitos que têm se destacado na gestão pública contemporânea. O enfoque jurídico, por sua vez, pode ser uma ferramenta valiosa para a análise e reflexão sobre esses temas. Neste tópico, serão apresentadas perspectivas teóricas sobre políticas públicas, governança e inovação, com enfoque jurídico.

2.1 Políticas Públicas: Conceitos e Perspectivas

As políticas públicas podem ser definidas como ações e medidas implementadas pelo Estado para solucionar problemas coletivos e atender às demandas da sociedade³ (Souza, 2006). Essas ações podem ser direcionadas a diversos setores, tais como saúde, educação, meio ambiente, entre outros.

A análise das políticas públicas envolve a identificação dos objetivos, instrumentos e impactos das políticas (Bresser-Pereira, 1996). Nesse sentido, a abordagem de ciclo de políticas públicas é uma das principais perspectivas teóricas sobre o tema. Essa abordagem divide o processo de políticas públicas em quatro fases: agenda setting, formulação, implementação e avaliação (Sabatier, 1999).

A análise jurídica pode contribuir para a identificação de lacunas e problemas na legislação e nas políticas públicas, bem como para a promoção da transparência e da *accountability* na gestão pública, por meio do controle jurídico e da fiscalização dos atos dos gestores públicos (Coutinho, 2017).

2.2 Governança: Perspetivas Teóricas e Práticas

A governança pode ser definida como o conjunto de processos, estruturas e relações que permitem a coordenação e o controle do poder em uma sociedade (Rhodes, 1996). A governança não se restringe ao governo, mas envolve também a sociedade civil e o setor privado.

A abordagem de governança multinível é uma das principais perspectivas teóricas sobre o tema. Essa abordagem reconhece que as decisões e ações na gestão pública são tomadas em diversos níveis, desde o local até o internacional, e que esses níveis estão interconectados (Hooghe e Marks, 2003).

A análise jurídica pode contribuir para a promoção da transparência e da *accountability* na gestão pública, por meio do controle jurídico e da fiscalização dos atos dos gestores públicos (Coutinho, 2017). Além disso, a análise jurídica pode contribuir para a identificação de lacunas e problemas na legislação e nas políticas públicas, bem como para a identificação de possíveis soluções.

2.3 Inovação em Políticas Públicas: Perspetivas Teóricas e Práticas

A inovação em políticas públicas pode ser entendida como a introdução de novidades em processos, produtos ou serviços, que geram valor para a sociedade (Schumpeter, 1934).

³ SILVA, J. C. Participação cidadã e políticas públicas: uma análise da experiência brasileira. Revista de Administração Pública, v. 49, n. 4, p. 1017-1038, 2015.

A inovação pode envolver desde mudanças incrementais até mudanças disruptivas, que rompem com as práticas estabelecidas.

A abordagem de inovação social é uma das principais perspectivas teóricas sobre o tema. Essa abordagem enfatiza a importância da participação da sociedade na construção de soluções para os problemas sociais, e reconhece que a inovação pode surgir a partir de diversas fontes, não apenas do governo (Murray et al., 2010).

A análise jurídica pode contribuir para a identificação de possíveis soluções para os problemas sociais, por meio da análise crítica da legislação e das políticas públicas existentes, bem como da identificação de possíveis lacunas e problemas. Além disso, a análise jurídica pode contribuir para a promoção da transparência e da *accountability* na gestão pública, por meio do controle jurídico e da fiscalização dos atos dos gestores públicos.

3.A Importância do Enfoque Jurídico na Análise de Políticas Públicas e Governança

O enfoque jurídico pode ser uma ferramenta valiosa para a análise de políticas públicas e governança. A análise jurídica pode contribuir para a promoção da transparência e da *accountability* na gestão pública, por meio do controle jurídico e da fiscalização dos atos dos gestores públicos (Coutinho, 2017). Além disso, a análise jurídica pode contribuir para a identificação de lacunas e problemas na legislação e nas políticas públicas, bem como para a identificação de possíveis soluções.

3.1 O Papel do Direito na Análise de Políticas Públicas e Governança

O direito pode ser uma ferramenta importante na análise de políticas públicas e governança. A análise jurídica pode contribuir para a identificação de problemas e lacunas na legislação e nas políticas públicas, bem como para a identificação de possíveis soluções (Coutinho, 2017).

O controle jurídico e a fiscalização dos atos dos gestores públicos também são importantes para a promoção da transparência e da *accountability* na gestão pública. O controle jurídico pode ser exercido por meio do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos tribunais de contas (Silva, 2017).

3.2 A Relevância do Enfoque Jurídico na Análise de Políticas Públicas e Governança

A análise jurídica pode ser importante para a promoção da transparência e da *accountability* na gestão pública. A análise jurídica pode contribuir para a identificação de

lacunas e problemas na legislação e nas políticas públicas, bem como para a identificação de possíveis soluções (Coutinho, 2017).

Além disso, a análise jurídica pode ser importante para a avaliação da efetividade das políticas públicas e da governança. A efetividade das políticas públicas e da governança pode ser avaliada com base em critérios jurídicos, tais como a legalidade, a legitimidade e a eficiência (Lima e Rocha, 2016).

3.3 Desafios e Limitações do Enfoque Jurídico na Análise de Políticas Públicas e Governança

Apesar da importância do enfoque jurídico na análise de políticas públicas e governança, existem desafios e limitações para a sua aplicação. Um dos principais desafios é a complexidade dos problemas sociais e das políticas públicas, que muitas vezes requerem abordagens interdisciplinares e multifacetadas (Coutinho, 2017).

Além disso, o enfoque jurídico pode ser limitado por questões de interpretação e aplicação da legislação e das normas jurídicas, bem como pela capacidade do sistema jurídico de lidar com os desafios e demandas da sociedade contemporânea (Lima e Rocha, 2016).

4. Inovação em Políticas Públicas e Governança: Desafios e Oportunidades

A inovação pode ser uma ferramenta importante para a melhoria da gestão pública e para o desenvolvimento de políticas públicas mais efetivas e eficientes. No entanto, a introdução de novas tecnologias e abordagens inovadoras também apresenta desafios e riscos, especialmente no que se refere à proteção de direitos e à garantia da transparência e da *accountability* na gestão pública.

4.1 O Potencial da Inovação para a Melhoria da Gestão Pública

A inovação pode ser uma ferramenta importante para a melhoria da gestão pública e para o desenvolvimento de políticas públicas mais efetivas e eficientes. A introdução de novas tecnologias e abordagens inovadoras pode contribuir para a simplificação de processos, para a redução de custos, para a ampliação do acesso aos serviços públicos e para a promoção da participação cidadã na gestão pública (Albuquerque et al., 2017).

Além disso, a inovação pode contribuir para a promoção da transparência e da *accountability* na gestão pública. A utilização de tecnologias e ferramentas inovadoras pode tornar mais fácil e eficiente o monitoramento e a avaliação das políticas públicas, bem como a fiscalização dos atos dos gestores públicos⁴ (Albuquerque et al., 2017).

4.2 Os Desafios da Inovação em Políticas Públicas e Governança

A introdução de novas tecnologias e abordagens inovadoras também apresenta desafios e riscos, especialmente no que se refere à proteção de direitos e à garantia da transparência e da *accountability* na gestão pública. A implementação de novas tecnologias pode gerar exclusão digital e pode ampliar as desigualdades sociais (Bastos, 2018).

Além disso, a utilização de tecnologias inovadoras pode apresentar riscos para a privacidade e para a proteção de dados pessoais. A coleta e o tratamento de dados pessoais devem ser realizados de forma transparente e de acordo com as normas e regulamentos aplicáveis⁵ (Bastos, 2018).

4.3 Oportunidades de Inovação em Políticas Públicas e Governança

Apesar dos desafios, a inovação também apresenta oportunidades para a melhoria da gestão pública e para o desenvolvimento de políticas públicas mais efetivas e eficientes. A introdução de novas tecnologias e abordagens inovadoras pode ampliar o acesso aos serviços públicos, pode promover a participação cidadã na gestão pública e pode contribuir para a promoção da transparência e da *accountability*⁶.

De acordo com o Pica⁷, a lógica subjacente à inteligência artificial e ao tratamento massificado e análise de dados em *bigdata* desempenhando o papel de criar presunções jurídicas como uma etapa prévia à tomada de decisões. Essa abordagem é baseada na concepção estabelecida para o instituto jurídico em questão. A partir de fatos certos e conhecidos, a inteligência artificial desenvolve inferências que levam a uma conclusão sobre um fato desconhecido e incerto. Quanto maior o volume de dados pessoais tratados e inter-relacionados, maior é a probabilidade de que esse fato presumido seja corrigido, causado em uma alta probabilidade.

Além disso, a inovação pode ser uma ferramenta importante para a solução de problemas complexos e para a promoção do desenvolvimento sustentável. A utilização de tecnologias e abordagens inovadoras pode contribuir para a melhoria da qualidade de vida da população e para o desenvolvimento socioeconômico (Albuquerque et al., 2017).

⁵ BASTOS, R. M. Inovação, Direitos e Políticas Públicas. In: SANTOS, B. S.; MENDES, J. M. (org.). Políticas Públicas e Direitos Humanos no Brasil. São Paulo: Cortez, 2018.

⁶ ALBUQUERQUE, A. et al. Inovação em Políticas Públicas: Estudo Comparativo de Experiências Internacionais. Brasília: Ipea, 2017.

⁷ PICA, L. M. (2022). A inteligência artificial no sistema de gestão fiscal: uma dimensão preventiva e as presunções (jurídicas) na identificação e combate aos fenómenos patológicos. *Revista Jurídica Portuguesa*, 171–191. Obtido de <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/26769>

5. Proposta de Inovação em Políticas Públicas e Governança: a Criação de um Observatório Jurídico sobre Políticas Públicas, Governança e Inovação

Considerando os desafios e as oportunidades apresentados pela inovação em políticas públicas e governança, bem como a importância do enfoque jurídico na análise desses temas, propõe-se a criação de um Observatório Jurídico sobre Políticas Públicas, Governança e Inovação.

O Observatório Jurídico seria um espaço dedicado à produção e à divulgação de estudos e pesquisas sobre políticas públicas, governança e inovação com enfoque jurídico. O Observatório teria como objetivo promover a reflexão crítica sobre as políticas públicas e a governança, bem como contribuir para o desenvolvimento de soluções inovadoras e efetivas para os desafios enfrentados pela gestão pública.

O Observatório Jurídico teria como áreas de atuação prioritárias as políticas públicas de tecnologia da informação e comunicação, a proteção de dados pessoais, a transparência e a *accountability* na gestão pública e o desenvolvimento sustentável. Além disso, o Observatório poderia atuar em outras áreas relacionadas às políticas públicas e à governança, de acordo com as demandas e as prioridades identificadas.

O Observatório Jurídico seria composto por pesquisadores, professores, estudantes e profissionais com interesse e experiência em políticas públicas, governança e inovação com enfoque jurídico. O Observatório também poderia estabelecer parcerias com outras instituições de pesquisa e de ensino, bem como com organizações da sociedade civil e com órgãos públicos responsáveis pela elaboração e pela implementação de políticas públicas.

O Observatório Jurídico poderia desenvolver diversas atividades, tais como a realização de pesquisas e estudos, a promoção de debates e seminários, a produção de publicações e a oferta de capacitação e formação em políticas públicas e governança com enfoque jurídico. O Observatório também poderia atuar como um espaço de diálogo e de intercâmbio de experiências entre diferentes atores envolvidos na gestão pública, tais como gestores públicos, organizações da sociedade civil e cidadãos.

A criação de um Observatório Jurídico sobre Políticas Públicas, Governança e Inovação representa uma proposta de inovação em políticas públicas e governança que pode contribuir para a melhoria da gestão pública e para o desenvolvimento de soluções inovadoras e efetivas para os desafios enfrentados pela gestão pública.

Conclusão

Ao longo deste trabalho, foi possível analisar a importância da governança e inovação em políticas públicas, sob a perspectiva jurídica. Foi apresentado um panorama teórico sobre o tema, destacando-se os conceitos de políticas públicas, governança e inovação, e a relevância do enfoque jurídico nessa análise.

Verificou-se que a inovação em políticas públicas é uma necessidade crescente, tendo em vista os desafios e oportunidades decorrentes das mudanças sociais, econômicas e tecnológicas que ocorrem constantemente. A governança surge como uma ferramenta importante para promover a participação e o diálogo entre os diversos atores envolvidos nas políticas públicas, possibilitando uma gestão mais eficiente e democrática.

Nesse contexto, foi proposta a criação de um Observatório Jurídico sobre Políticas Públicas, Governança e Inovação, como uma iniciativa que visa contribuir para a promoção da transparência, da *accountability* e da participação social na gestão pública. O Observatório proposto teria como objetivo principal produzir conhecimento sobre as relações entre direito, políticas públicas, governança e inovação, além de monitorar e avaliar as políticas e práticas implementadas pelos órgãos governamentais.

Diante disso, conclui-se que a inovação em políticas públicas e a governança são elementos fundamentais para o alcance dos objetivos sociais e para o desenvolvimento sustentável. É necessário que sejam adotadas práticas e estratégias que promovam a transparência, a participação e a colaboração entre os atores envolvidos nas políticas públicas, em especial, a sociedade civil. Além disso, o enfoque jurídico se mostra fundamental para garantir a legalidade, a legitimidade e a efetividade das políticas públicas, em consonância com os princípios democráticos e constitucionais.

Referências Bibliográficas

- ALBUQUERQUE, A. et al. (2017). Inovação em Políticas Públicas: Estudo Comparativo de Experiências Internacionais. Brasília: Ipea.
- BARROS, FM (2017). Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos. São Paulo: Atlas.
- BASTOS, RM (2018). Inovação, Direitos e Políticas Públicas. In: SANTOS, BS; MENDES, JM (Org.). Políticas Públicas e Direitos Humanos no Brasil. São Paulo: Cortez.
- BRESSER-PEREIRA, LC (1996). Estado e sociedade no Brasil: introdução ao estudo da administração pública. São Paulo: Brasiliense.
- BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal.

- BRASIL. (2017). Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. Institui a Política Nacional de Inovação. Brasília: Presidência da República.
- BRASIL. (2018). Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Brasília: Presidência da República.
- COUTINHO, RMA (2017). Análise jurídica de políticas públicas: uma perspectiva crítica. *Revista de Direito Administrativo*, v. 274, p. 223-252.
- CRUZ, MLA (2018). Governança Digital: Oportunidades e Desafios para a Participação Social e a Inovação. In: MARQUES, FPS; BITTENCOURT, RA (Org.). *Políticas Públicas, Inovação e Sustentabilidade*. São Paulo: Atlas.
- GIL, AC (2008). *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. São Paulo: Atlas.
- HOOGHE, L.; MARCOS, G. (2003). *Governança a vários níveis e integração europeia*. Lanham: Rowman & Littlefield.
- LIMA, LCB; ROCHA, CH (2016). *Análise de políticas públicas: conceitos básicos*. Rio de Janeiro: Fiocruz.
- MARTINS, AB (2015). Governança e Participação: Possibilidades e Limites para a Inovação em Políticas Públicas. In: CUNHA, JM (Org.). *Políticas Públicas: Desafios e Perspectivas*. São Paulo: Saraiva.
- MARTINS, AB (2017). Governança e Participação: Possibilidades e Limites para a Inovação em Políticas Públicas. In: MENDES, JM; SANTOS, BS (Org.). *Políticas Públicas em Tempos de Crise*. São Paulo: Cortez.
- MELLO, CAB (2015). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros.
- MOROZOWICZ, RA et al. (2018). Inovação em Políticas Públicas e a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito*, v. 18, n. 2, pág. 15-30.
- MOURA, RC (2012). *Políticas Públicas: Formulação, Implementação e Avaliação*. São Paulo: Atlas.
- MURRAY, R.; CAULIER-GRICE, J.; MULGAN, G. (2010). *O livro aberto da inovação social*. Londres: The Young Foundation.
- PICA, LM (2022). A inteligência artificial no sistema de gestão fiscal: uma prevenção preventiva e as presunções (jurídicas) na identificação e combate aos fenômenos patológicos. *Revista Jurídica Portucalense*, 171–191. Obtido de <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/26769>.
- RODES, RAW (1996). A Nova Governança: Governando sem Governo. *Estudos Políticos*, v. 44, n. 4, pág. 652-667.

- SABATIER, PA (1999). Teorias do Processo Político. Boulder: Westview Press.
- SILVA, JA (2018). Políticas Públicas e Governança: Uma Análise Crítica. In: COSTA, CJ; MARTINS, FL Políticas Públicas: Reflexões, Práticas e Perspectivas. São Paulo: Atlas.
- SILVA, MLF (2017). Controle da Administração Pública: Funções e Instrumentos. São Paulo: Malheiros Editores.
- SOUZA, C. (2006). Políticas Públicas: Uma Revisão da Literatura. Sociologias, Porto Alegre, v. 8, n. 16, pág. 20-45.
- STIGLITZ, JE (2000). Economia do Setor Público. Nova York: WW Norton & Company.
- SUNSTEIN, CR (2008). Nudge: Melhorando as Decisões sobre Saúde, Riqueza e Felicidade. New Haven: Yale University Press.
- TEIXEIRA, ALF (2012). Políticas públicas: conceitos, esferas e dimensões. In: SILVA, RLC (Org.). Políticas públicas: teoria e prática. São Paulo: Pearson.
- TENÓRIO, FG (2006). Políticas Públicas: Conceitos e Práticas. Rio de Janeiro: FGV.
- TORRES, HA (2016). Políticas Públicas e Participação Cidadã: a Construção do Comum na Democracia. São Paulo: Cortez.
- UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. (2014). Curso Políticas Públicas: Uma Introdução. São Paulo: USP.
- VALLS, JM (2000). Políticas Públicas: Uma Discussão Conceitual e Reflexões Referentes à Prática da Análise de Políticas Públicas no Brasil. Planejamento e Políticas públicas, n. 21, pág. 211-259.
- VAZQUEZ, R. (2014). Políticas Públicas e Governança: Conceitos e Práticas. Rio de Janeiro: Elsevier.
- WILLIAMSON, OE (1985). As instituições respiratórias do capitalismo: empresas, mercados, contratos relacionais. Nova York: Free Press.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. (2017). Política da saúde. Genebra: OMS.

Influência Prática da via Consenso na Cláusula Contratual de Eleição de Foro

Practical influence of Via Consenso on the Contractual Forum Selection Clause

Dulce Maria Martins do Nascimento¹

Sumário: 1. Introdução à Via Consenso; 2. Desafios à visão tradicional da cláusula de eleição de foro; 3. Influência prática da Via Consenso na redação contratual; 4. Superando a visão de escassez do judiciário como única e principal escolha; 5. Reforço dos Princípios da Autonomia da vontade e Decisão informada; 6. Considerações finais com foco em sociedades inovadoras e humanizadas

Resumo: Este trabalho tem foco na construção de relações contratuais eficazes e harmoniosas. A abordagem proposta pela Via Consenso de inovar na redação da cláusula de eleição de foro desafia crenças limitantes, uma vez que propõe ir além do judiciário, abrindo espaço e favorecendo a flexibilidade para utilizar métodos variados. A personalização da resolução de conflitos é um pilar para relacionamentos duradouros, fomentando o diálogo e a cooperação. A Via Consenso enfatiza a autonomia da vontade e decisões informadas, levando em conta interesses, necessidades e o valor dos valores dos intervenientes. Apesar de desafiar o paradigma do tribunal judicial como única solução, esta abordagem se mostra inclusiva com o mesmo. Adotamos uma abordagem qualitativa de pesquisa, envolvendo análise de estudos, vivências práticas, artigos e fontes relevantes relacionadas a cláusulas contratuais e métodos de resolução de conflitos. Examinamos contratos que já inovam na cláusula de foro, em diversos setores, como empresarial, comercial e societário, assegurando a confidencialidade dos mesmos. Com mais de 25 anos de experiência, incorporamos conhecimento prático à análise, identificando padrões e melhores práticas ao estudo. Em resumo, a Via Consenso impacta positivamente na formulação de cláusulas contratuais, encorajando escolhas conscientes entre diversos métodos. A Via Consenso influencia a redação das cláusulas contratuais, promovendo a conscientização sobre a diversidade de opções para prevenção, gestão e resolução de conflitos, contribuindo para relações saudáveis, bem como para a inovação e progresso de sociedades humanizadas.

Palavras chave: Via Consenso; Cláusula contratual; MARD's (métodos adequados de resolução de disputas); Escolha informada e consciente; Autonomia da vontade.

Abstract: At the heart of this work is the establishment of effective and harmonious contractual relations. The approach proposed by Via Consenso to innovate in the drafting of the choice of forum clause challenges limiting beliefs, as it proposes to go beyond the judiciary. It opens space and favors flexibility in the use of different methods. To promote dialogue and cooperation, the personalization of conflict resolution is a pillar of sustainable relationships. The Consensus Way emphasizes autonomy of will and informed decisions, taking into account interests, needs and the value of stakeholders' values. While challenging the paradigm of the judicial court as the only solution, this approach is inclusive of it. We have adopted a qualitative research approach that includes the analysis of studies, practical experiences, articles and relevant sources related to contractual clauses and dispute resolution methods. We analyze contracts that already innovate on the traditional forum selection clause. We examine contracts that already innovate in the forum clause, in various sectors, such as business, commercial and corporate, ensuring their confidentiality. With over 25 years of experience, we bring practical knowledge to the analysis. We identify patterns and best practices in the study. In short, Via Consenso has a positive impact on the drafting of

¹ Mestre em Direito pela FDULL - Faculdade de Direito Universidade Lusíada de Lisboa (Portugal) e pela UFMG - Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil) | dulce@dulcenascimento.online

contractual clauses. It encourages a conscious choice between different methods. Via Consenso influences the drafting of contractual clauses, promoting awareness of the diversity of options for conflict prevention, management and resolution. This contributes to healthy relationships and to the innovation and progress of humanized societies.

Keywords: Via Consenso; Contractual clause; MARD's (adequate dispute resolution methods); Informed and conscious choice; autonomy of will

1. Introdução à Via Consenso

A resolução adequada de problemas, divergências, conflitos, disputas ou litígios desempenha um papel crucial no início, manutenção ou extinção de relações e relacionamentos, independentemente do grau de proximidade ou intimidade existente, para promover sociedades humanizadas e inovadoras.

Quando surgem divergências ou conflitos, a forma como os intervenientes os resolvem afeta significativamente a satisfação dos envolvidos, além do entorno. Portanto, quando essas relações se pautam por meio de contratos, regulamentos, regimentos ou outros instrumentos jurídicos é essencial estabelecer cláusulas contratuais claras, inclusivas e abrangentes que determinem a melhor via de ultrapassar impasses, divergências e desentendimentos, percebidos como incompatíveis e inconciliáveis.

Ocorre que a abordagem tradicional de elaboração dessas cláusulas contratuais tem sido limitada ao estabelecer, preferencialmente, o foro judicial como a única opção de resolução. Isso restringe as possibilidades dos envolvidos e potencializa processos legais judiciais prolongados, desgastantes e custosos. Assim, apesar de tradicionalmente as cláusulas contratuais estabelecerem o foro judicial como a única opção de resolução, negligenciando a diversidade de outros métodos disponíveis, nos últimos anos, uma abordagem mais abrangente, flexível e inclusiva tem alcançado destaque: a Via Consenso.

Partindo da premissa de que qualquer escolha precisa de ser informada e consciente, a Via Consenso disponibiliza uma metodologia capaz de identificar as possibilidades de processos mais adequados, para a prevenção, gestão, transformação ou resolução da situação. Considerando e tratando cada caso como único, realiza o mapeamento do contexto e características dos intervenientes.

Diante disso, este estudo propõe aprofundar, como objetivo principal, de que forma a Via Consenso impacta na elaboração dessas cláusulas e promove relações contratuais mais eficazes, harmoniosas e inovadoras.

Via Consenso é muito mais do que palavras. Para efeitos do presente utilizamos, por um lado, consenso como significado de acordo, anuência, consentimento, conformidade de opiniões, ideias, sentimentos ou impressões, que representam a opinião ou posição tomada por um grupo, ou unanimidade de opinião. Por outro, Via é aqui apresentada com o

significado de caminho, condução de um ponto a outro, ou seja, meio pelo qual algo ou alguém se desloca para alcançar um destino ou transmitir uma mensagem.

A Via Consenso tem como foco trabalhar relações humanas inovadoras, conscientes e responsáveis, para alcançar as melhores soluções e não apenas um acordo. Inclusive, por isso, considera uma diversidade de processos (autocompositivos, híbridos e autocompositivos), bem como procura promover uma visão mais ampla e flexível da resolução de situações relacionais, independentemente da proximidade ou intimidade existente. Assim, é possível personalizar a resolução de divergências de acordo com interesses, necessidades específicas e valores que pautam a identidade/personalidade dos envolvidos.

Tendo por base a multidisciplinaridade de conhecimentos, além de conceitos relativos à cláusula escalonada, desenho de solução de disputas (DSD), entre outros, foram considerados para alcançar uma proposta humanizada, inovadora e contemporânea. A Via Consenso valoriza a inclusão e disponibilidade de diferentes processos, além do judiciário, como negociação, mediação, arbitragem e outros.

A metodologia do presente estudo envolveu três abordagens complementares. Em primeiro lugar, realizamos uma revisão bibliográfica abrangente para adquirir uma compreensão sustentada e aprofundada das teorias e abordagens existentes na temática dos métodos adequados de resolução de conflitos. Além disso, utilizamos os nossos conhecimentos, adquiridos ao longo de mais de 25 anos de atuação no campo, o que nos permitiu trazer uma contribuição valiosa, por meio da perspectiva prática e vivenciada sobre o assunto, com identificação de padrões e melhores práticas. Por fim, analisamos casos reais que envolviam cláusulas contratuais sobre métodos de resolução de conflitos, além do judiciário, em diferentes setores. Esta análise proporcionou insights cruciais sobre a aplicação efetiva da metodologia Via Consenso e sua relevância na elaboração das cláusulas contratuais de eleição de foro. Com base nessas três abordagens, conseguimos uma visão abrangente e embasada para conduzir nosso estudo de forma consistente e esclarecedora.

2. Desafios à Visão Tradicional da Cláusula de Eleição de foro

A prevenção, gestão e resolução de divergências ou conflitos, de modo adequado e efetivo, é um campo de estudo multidisciplinar que envolve, designadamente, aspectos jurídicos, económicos, sociais e outros. Destacamos a importância de uma abordagem completa e eficaz, com o objetivo de minimizar os custos, maximizar a eficiência e preservar as relações envolvidas, sejam elas comerciais ou outras.

A abordagem da Via Consenso, tem alcançado destaque atendendo a que se distingue dos MARL (Métodos Alternativos de Resolução de Litígios), utilizando aqui propositadamente o termo “alternativo” no sentido de alternativos ao judiciário, ou seja, excludente. Diferentemente, a Via Consenso é inclusiva e sustentável, oferecendo uma gama de opções realistas, incluindo além de processos autocompositivos, processos híbridos e heterocompositivos, ou seja, includente, permitindo que os envolvidos trabalhem as suas diferenças ou divergências de acordo com interesses, necessidades e valores individuais, sejam pessoas físicas ou jurídicas, lembrando que por de trás de um CNPJ está sempre um ou mais CPF.

Ora, conforme é do conhecimento geral, o teor da última cláusula, na esmagadora maioria dos contratos, ao redor do mundo e independentemente do local onde nos encontramos, não costuma ser questionado, comentado ou explicado, sendo exatamente aqui que pretendemos colocar o nosso foco com o presente artigo.

Importa, no momento em que tudo está bem, conversar abertamente e com transparência sobre quais os processos possíveis para lidar com situações onde não exista concordância. Esta necessária consciência das opções contratuais de prevenção, gestão e resolução de conflitos, onde o judiciário é a regra no processo civil, mas não é a única possibilidade, precisa de estar consciente, em especial, na sociedade civil e empresarial. Assim, no momento da elaboração contratual a última cláusula precisa deixar de ser considerada tabu ou sem relevância. Precisamos deixar de usar o hábito de colocar a regra da cláusula de foro judicial como exclusiva e passar a dar relevância aos diferentes momentos e processos para prevenir, gerir e resolver situações não previstas, bem como efetivas divergências ou conflitos, conhecendo, dominando e prevendo cláusulas inclusivas e redigidas para o caso concreto.

3. Influência prática da Via Consenso na Redação Contratual

Falamos de Via Consenso é falamos sobre consciência das possibilidades e processos escolhidos para prevenção, gestão e resolução de divergências ou conflitos, entre vários possíveis, considerando os elementos do contexto e características dos intervenientes. Neste sentido, quer o judiciário e a arbitragem, como processo final de decisão por terceiro, podem ser considerados mais adequados, sendo necessário proporcionar uma decisão informada e consciente, bem como consenso nessa escolha.

Partindo da visão de engajamento relacional consciente que o individual afeta o coletivo e vice-versa, é possível trabalhar abundância por meio do desenvolvimento da

convicção que a melhor solução é aquela que ainda não foi pensada, sendo necessário aceitar o conflito como algo inevitável às relações humanas, desenvolvendo tolerância com as diferenças e flexibilidade para a criação de diferentes possibilidades de solução.

A Via Consenso tem íntima relação com escolha consciente do processo adequado para a efetiva prevenção, gestão e resolução de conflitos. Assim, movidos pelo modelo mental de desenvolvimento e abundância, importa ter em atenção dois critérios. Por um lado, o critério sobre o poder de imposição, influência ou ingerência na decisão final ser realizado por um terceiro ou dos próprios intervenientes. Por outro, o critério do controle sobre o resultado, intimamente relacionado com o princípio da autonomia da vontade. A implementação do método proposto pela Via Consenso demanda substituir, definitivamente, a utilização do termo “*cláusula de eleição de foro*” por “*cláusula de escolha do método adequado para resolver divergências, conflitos ou controvérsias*”, atendendo a que engloba modelos heterocompositivos, autocompositivos e híbridos. Disponibilizando um método e ferramentas, para direcionar os envolvidos de modo mais eficaz e eficiente, apresenta-se de modo estruturado a trabalhar princípios fundamentais, como autonomia da vontade, decisão informada, liberdade, responsabilidade, inovação e busca pelo consenso, entre outros.

Como é do conhecimento geral, o pensamento e conhecimento tradicional ensinava a elaborar uma cláusula de eleição de foro como item obrigatório do contrato, no qual os contratantes definiram o local do Tribunal em que os conflitos advindos daquele instrumento seriam julgados. Sobre esta cláusula, com base na generalidade dos Códigos de Processo Civil de influência Civil Law, é possível a modificação da competência em razão do território, desde que não haja abusividade. Na sequência, em especial no que se refere a relações internacionais, a abusividade da eleição do foro está associada à dificuldade imposta a um dos contratantes em exercer o seu direito de ação ou de defesa, em razão da distância da localidade do foro de eleição em relação ao seu domicílio.

Ora, a Via Consenso disponibiliza uma metodologia própria que permite definir, por meio de critérios objetivos qual dos métodos disponíveis é mais adequado para começar e os demais para evoluir, respeitando em particular os princípios da autonomia da vontade e da decisão informada, e igualmente todos os direitos fundamentais.

Neste sentido, a Via Consenso disponibiliza a realização de um diagnóstico prévio, onde se verifica o perfil dos intervenientes e o contexto da situação, com base num conjunto de distintos critérios e valores humanos, que inclui conhecer: propósito e foco dos intervenientes; tempo disponível; verbas financeiras a despender, níveis de desgaste a

suportar; bem como avaliação de diversos riscos, pragmatismo, ética, valores sociais e de desenvolvimento, entre outros elementos casuisticamente relevantes.

Reforçamos que das análises concretizadas e entrevistas realizadas concluímos que o principal critério objetivo é, efetivamente, a autonomia da vontade, consciente e informada, motivo pelo qual defendemos ser totalmente desadequado continuar a incluir, de forma automática, uma cláusula de foro considerando apenas o judiciário, como única possibilidade para resolução de conflitos.

Respeitamos em absoluto o fato de o judiciário continuar a ser a regra geral do processo civil, com regras próprias na falta de acordo, razão pela qual está incluído como possibilidade pela Via Consenso, mas não de modo automático, único e nem exclusivo. Em síntese, a Via Consenso possibilita a construção de cláusulas contratuais conscientes, autoexplicativas e que respondam de forma adequada ao nível de divergência e desentendimento perante a situação e o nível de escalada do conflito, por meio de soluções diversas e adequadas para atender, integralmente, interesses, necessidades e valores. Reforçamos que a fundamentação pela qual judiciário e arbitragem são incluídos na Via Consenso diz respeito à circunstância de que aqui é dada primazia ao critério objetivo da autonomia da vontade e não à regra de decisão por um terceiro, constante do Código de Processo Civil.

Impõe-se uma urgente e necessária mudança educacional, da comunidade jurídica e sociedade civil, com a necessidade de todos tomarem consciência sobre a opção contratual negociada e escolhida para prevenção, gestão e resolução de divergências, onde o judiciário corresponde à regra do processo civil, mas, efetivamente, não é única possibilidade.

Atendendo ao público e notório conhecimento sobre o recurso ao judiciário e arbitragem, tomamos a decisão de desenvolvermos aqui, sumariamente e por questões de oportunidade, apenas alguns dos demais processos incluídos na Via Consenso, com a consciência e total convicção de que o tema ficará longe de se considerar esgotado.

Optamos por iniciar com o processo usualmente escolhido perante uma divergência ou desentendimento, denominado de negociação. Sem regulamentação legal, na maioria dos ordenamentos jurídicos, com exceção do regime legal dos negócios jurídicos processuais. A negociação em si corresponde a um processo, entre dois ou mais interessados, onde ocorre diálogo, direto ou indireto, por meio de uma comunicação bidirecional com vista ao acordo, identificando prioridades, bem como gerindo e solucionando, por meio de trocas, com pontos comuns e divergentes. Aqui ou não existe terceiro ou existindo, por regra advogados ou legais representantes, os mesmos atuam de forma parcial e interessada no resultado.

Dependendo da situação e perfil dos intervenientes, a negociação pode ser realizada de acordo com diversos modelos, dos quais destacamos, sem esgotar o tema, os seguintes modelos de negociação: distributiva, integrativa e circular por valores, esta última da nossa autoria. Consequentemente, destacamos três tipos de negociadores, intimamente relacionados com os mencionados modelos: o negociador posicional (mais dogmático, fixo); o negociador flexível (mais maleável, foco nos interesses) e o negociador triaxial (mais assertivo, com uma atuação técnica especializada no modelo triaxial de valores 3E: económico-pragmáticos, ético-sociais e emocionais-desenvolvimento).

A negociação corresponde e implica um esforço para se chegar a um consenso, o qual pode demandar concessões, no sentido do ato ou efeito de ceder algo (opinião ou direito) ao outro interveniente. Os diferentes modelos de negociação mencionados, todos eles, têm aplicabilidade e situações onde seguramente serão o mais adequado, motivo pelo qual não tem mais lugar uma negociação intuitiva ou informal.

Na sequência, das diversas possibilidades apresentamos o processo de mediação, que no nosso modesto entender, de acordo com o conhecimento experienciado, surge como uma grande inovação para auxiliar e dar sequência às negociações que se frustram, especialmente, por falhas na comunicação ou barreiras na construção de soluções. Nos termos do artigo 1º da lei 13.140/15 (Lei de Mediação - LM) mediação é “*uma atividade técnica exercida por terceiro imparcial*”, por meio de um processo onde é facilitada a comunicação entre pessoas que mantém uma relação continuada na busca de seus interesses objetivos e subjetivos e na identificação de suas questões com foco na composição satisfatória para ambas. Complementarmente, a atividade do mediador, nos termos do artigo 165º do Código de Processo Civil Brasileiro, apresenta-se como uma atuação “*preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior, sendo a sua função a de auxiliar os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem, benefícios mútuos*”.

Trazendo uma perspectiva prática e vivenciada sobre a mediação, podemos afirmar que este processo é vocacionado para trabalhar conflitos entre pessoas (físicas ou jurídicas), com interesse em manter, melhorar, não prejudicar ou iniciar relacionamentos ou relações, independentemente do grau de proximidade e/ou intimidade, onde a negociação direta ou indireta não deu certo, por questões na comunicação, relacionamento e/ou convivência, bem como por impasses na construção de soluções. Importa igualmente acrescentar que a intervenção do mediador como terceiro especializado, sem poder de decisão ou ingerência, é responsável por conduzir o processo, gerindo o procedimento com foco numa

comunicação produtiva, acolhendo os elementos objetivos e subjetivos. Este profissional procura a compreensão dos diferentes pontos de vista ou percepções, bem como interesses e necessidades (individuais e conjuntas), facilitando o entendimento das diferenças, bem como estimulando a identificação dos valores (econômicos, emocionais e éticos) dos intervenientes. O foco é estimular os participantes a desenvolverem soluções consensuais, que resolvam definitivamente a controvérsia, restabeçam a comunicação e redefinem a relação. O processo de mediação tem como principal objetivo, além do restabelecimento da comunicação e pacificação das relações, a construção de soluções duradouras e definitivas, ou seja, respostas que resolvam de forma efetiva as situações entre os intervenientes, que por regra têm ou pretendem criar algum vínculo, de relações continuadas ou duradouras, independentemente do grau de proximidade ou intimidade. A utilização correta da mediação disponibiliza aos intervenientes a possibilidade de identificarem, por si próprios, soluções de benefício mútuo, inovadoras e anteriormente inimagináveis.

Um outro processo incluído na Via consenso é a conciliação. No Brasil, além do processo de conciliação estar regulamentado no Código de processo civil, existe autonomia dos intervenientes para escolher o método e tomar a decisão final, bem como a possibilidade legal do conciliador apresentar, sem poder vinculativo, soluções baseadas em opiniões, avaliações ou pareceres pessoais, exercendo assim um poder de ingerência e/ou influência direta no resultado. Definimos conciliação como o processo onde um terceiro, o conciliador, facilita a comunicação entre pessoas (físicas ou jurídicas), que por regra mantém uma relação pontual, na busca de seus interesses objetivos (mensuráveis) e na identificação de suas questões (interesses, necessidades e valores), buscando um acordo para colocar um fim rápido à situação, podendo o terceiro emitir a sua opinião pessoal sobre possíveis soluções. Atendendo à possibilidade legal do terceiro sugerir ou avaliar possíveis soluções, tendo ingerência e influenciando o resultado final, entendemos que fica em causa o princípio da autonomia da vontade, efetiva e absoluta, dos intervenientes. Nesta medida, optamos por classificar a conciliação como um processo híbrido, por simultaneamente conter características de autocomposição e influência de terceiro, ainda que sem poder de decisão.

Definido como um processo indicado para gerir e resolver divergências, exclusiva ou maioritariamente, objetivas, bem como para a simples resolução de um fato pontual, a conciliação é mais eficiente se inexistir relacionamento entre os conciliados. Assim, o processo de conciliação trabalha essencialmente questões objetivas, tendo como principal pretensão conseguir alcançar acordo relativamente a situações onde os interesses e necessidades são facilmente mensuráveis. Assim, sempre que os intervenientes não se sentem

seguros para exercerem plenamente a autonomia, e a negociação não foi possível, o recurso ao conciliador permite, nomeadamente, obter sugestões possíveis para resolver impasses ou ultrapassar obstáculos, havendo a garantia de que o terceiro (conciliador) foca a sua atuação na construção de um acordo, sendo-lhe vedado qualquer tipo de constrangimento ou intimidação. Em conclusão, a conciliação é ideal para conseguir alcançar acordos em situações que precisam de soluções rápidas entre pessoas com relações pontuais ou esporádicas, sem vínculos, proximidade ou intimidade.

4. Superando a Visão de Escassez do Judiciário como Única e Principal Escolha

A metodologia deste estudo envolveu três abordagens complementares. Em primeiro lugar, realizamos uma revisão bibliográfica abrangente, que envolveu a análise de estudos, artigos, livros e outras fontes relevantes sobre resolução de conflitos, cláusulas contratuais e métodos adequados de resolução de conflitos para adquirir uma compreensão aprofundada das teorias e abordagens existentes na temática. Identificámos as principais teorias, conceitos e abordagens relacionadas à resolução de divergências, contratuais e outras, cláusulas contratuais e métodos adequados, bem como lacunas que o presente artigo se propõe preencher.

Complementarmente, analisamos casos reais com cláusulas contratuais incluindo diferentes métodos de resolução de conflitos, em diferentes setores, diferenciadas da tradicional cláusula de foro. A seleção dos casos foi feita com base em critérios específicos, considerando a diversidade de setores e a representatividade dos diferentes métodos de resolução. Os casos foram identificados por meio de pesquisas diretas e fontes confiáveis relacionadas à prática contratual, em especial departamentos jurídicos de empresas e escritórios de advocacia. Esta análise envolveu uma abordagem qualitativa, procurando elementos comuns e peculiaridades em diferentes setores, em especial sobre os diferentes métodos de resolução adotados. Foram analisados aspectos como: escolha dos métodos de resolução de conflitos; presença de cláusulas além do judiciário; e forma como as cláusulas foram redigidas para promover inclusão, flexibilidade e continuidade contratual.

Por fim, utilizamos a nossa experiência e conhecimentos adquiridos e desenvolvidos, ao longo de mais de 25 anos de atuação no campo, o que nos permitiu trazer uma perspectiva prática e vivenciada sobre o assunto. Essa vivência trouxe uma contribuição muito valiosa para o diagnóstico e análise dos casos, bem como para a identificação de padrões e melhores práticas. Durante a análise, foram extraídas informações relevantes sobre a aplicação prática

da metodologia proposta pela Via Consenso para elaboração das cláusulas contratuais sobre os métodos mais adequados. O presente estudo permitiu identificar tendências, padrões e melhores práticas na elaboração das cláusulas contratuais, as quais foram categorizadas e utilizadas para sustentar as conclusões deste estudo. É importante ressaltar que os casos analisados não incluíram informações que pudessem identificar os sujeitos envolvidos, garantindo assim a confidencialidade e a privacidade dos mesmos.

Com base nessas três abordagens, conseguimos uma visão abrangente e embasada para conduzir nosso estudo de forma consistente e esclarecedora. No entanto, é fundamental reconhecer as limitações deste estudo. Embora a revisão bibliográfica tenha sido abrangente, e a nossa experiência ampla, sempre existe a possibilidade de ter deixado de considerar alguns estudos relevantes. Além disso, a análise de casos foi realizada com base em uma amostra limitada, o que pode afetar a generalização dos resultados. No entanto, mesmo com essas limitações, a presente pesquisa busca fornecer insights cruciais sobre a aplicação efetiva da abordagem Via Consenso nas reuniões prévias à redação contratual e sua relevância na elaboração das cláusulas contratuais, abrindo caminho para pesquisas futuras mais aprofundadas nessa área.

5. Reforço dos Princípios da Autonomia da Vontade e Decisão Informada

A análise de um conjunto de 100 (cem) casos revelou uma tendência crescente de inclusão de diferentes métodos de resolução de divergências nas cláusulas contratuais, além do recurso exclusivo ao judiciário. Essa inclusão reflete uma mudança de modelo mental da comunidade jurídica focada na procura e implementação de uma abordagem mais flexível e abrangente na resolução de disputas contratuais.

A análise dos casos com cláusulas contratuais incluindo métodos adequados ao caso concreto de resolução de divergências, percebidas como incompatíveis e inconciliáveis, revelou insights significativos sobre a influência da Via Consenso na elaboração dessas cláusulas.

Em seguida, apresentaremos os principais resultados obtidos:

A. Inclusão de diferentes métodos de resolução de disputas: um dos resultados mais notáveis foi a evidência da mudança de paradigma na elaboração das cláusulas contratuais. Ao invés de adotar uma abordagem tradicional que estabelece o foro judicial como única opção de resolução, observou-se uma tendência significativa crescente sobre a inclusão de diferentes métodos de resolução de divergências. Os casos analisados apresentaram cláusulas que valorizam métodos como a negociação, mediação, conciliação e Dispute Board e arbitragem, além do recurso ao judiciário.

- B. Cláusulas com flexibilidade e adaptabilidade: uma abordagem interessante identificada nos casos analisados foi a inclusão de cláusulas com múltiplos processos, denominadas por alguns autores como escalonadas. Essas cláusulas permitem que os contratantes avancem de um método para outro, de acordo com a complexidade ou a natureza da situação, bem como a escalada do conflito. Essa abordagem proporciona maior flexibilidade e adaptabilidade, garantindo que os contratantes possam selecionar o método mais adequado para cada situação específica.
- C. Autonomia da vontade e decisão informada: a análise dos casos enfatizou a importância da autonomia da vontade, bem como da decisão informada e tecnicamente esclarecida, na elaboração da cláusula contratual de escolha do método de resolução de divergências.
- D. Os casos revelaram que a Via Consenso vem incentivando os envolvidos, em especial os profissionais da advocacia consensual, a considerarem cuidadosamente interesses, necessidades, valores individuais e os processos disponíveis. Ao fornecer informações adequadas sobre as opções de prevenção, gestão e resolução, bem como, ao promover a reflexão sobre os métodos mais adequados, a autonomia da vontade e a decisão informada foram valorizadas pelos clientes que adotaram a elaboração dessas cláusulas, fidelizando os clientes a esses profissionais da advocacia.

É importante ressaltar que os resultados obtidos são baseados nos casos analisados e que a generalização para outros contextos deve ser feita com cautela. No entanto, esses resultados fornecem insights valiosos sobre a influência da Via Consenso na elaboração das cláusulas contratuais de escolha do método de resolução de divergências mais adequado, atendendo aos elementos sobre contexto e perfil dos intervenientes. Dos participantes da pesquisa realizada, em média 63% respondeu positivamente à utilização da metodologia e diagnóstico disponibilizado pela Via Consenso para escolher os métodos mais adequados ao caso concreto.

Esses resultados indicam que a abordagem da Via Consenso desafia a visão tradicional das cláusulas contratuais de foro, buscando promover uma abordagem mais abrangente e flexível para a resolução mais adequada de divergências. A utilização prévia da metodologia disponibilizada pela Via Consenso para diagnóstico e elaboração da cláusula contratual de determinação dos melhores processos para prevenção, gestão e resolução de divergências entre os contratantes, promove uma abordagem mais eficaz e harmoniosa na sua resolução. Isso permite que os contratantes considerem uma variedade de métodos e escolham aquele que melhor atenda ao contexto e intervenientes. Assim, a inclusão de diferentes métodos de resolução e a adoção de cláusulas redigidas à medida demonstraram-se como efetivas estratégias para promover relações contratuais mais eficazes, harmoniosas e duradouras.

Embora a abordagem da Via Consenso entregue diversos benefícios, a sua implementação enfrenta desafios específicos. Esses desafios incluem, em especial, a falta de conscientização sobre os métodos de prevenção, gestão e resolução disponíveis, além do judiciário. Acresce, a resistência cultural à mudança e falta de capacitação especializada dos profissionais envolvidos neste tipo de atuação. Ter em consideração essas limitações é essencial para uma implementação efetiva da Via Consenso.

Os resultados obtidos nesta pesquisa evidenciaram a influência significativa da Via Consenso na elaboração da cláusula contratual para escolha do método adequado de resolução de divergências. Através da análise dos casos com já contém este tipo de cláusulas contratuais podemos debater diversas implicações e insights proporcionados por esta abordagem, que sintetizamos da seguinte forma:

- I. Desafio à visão tradicional das cláusulas contratuais: a abordagem da Via Consenso desafia a visão tradicional que estabelece o foro judicial como a única opção de resolução de disputas. Os casos analisados demonstraram uma mudança de perspectiva, valorizando a inclusão de diferentes métodos, como mediação, arbitragem e negociação, que podem ser mais adequados em determinadas situações. Essa abordagem mais abrangente permite uma maior personalização e adaptação dos métodos de gestão e resolução, promovendo uma maior eficácia nas relações contratuais.
- II. Autonomia da vontade e decisão informada: a inclusão da Via Consenso na elaboração das cláusulas contratuais estimula a autonomia da vontade e a decisão informada das partes envolvidas. Ao considerar cuidadosamente seus valores, necessidades, interesses e os processos disponíveis, os contratantes têm a oportunidade de selecionar o método mais adequado para a resolução de divergências. Essa abordagem promove um maior envolvimento das partes no processo decisório, fortalecendo sua participação ativa e aumentando a probabilidade de um acordo satisfatório quando o momento chegar.
- III. Cláusulas com flexibilidade e adaptabilidade: a adoção de cláusulas que utilizam a metodologia da Via Consenso mostrou-se uma estratégia eficaz para proporcionar flexibilidade e adaptabilidade na resolução de divergências. Essas cláusulas permitem que os contratantes conheçam desde a reunião prévia à assinatura do contrato a existência de diferentes métodos, e a sua escolha conforme a complexidade e necessidades específicas. Essa abordagem proporciona um ambiente de resolução mais flexível, permitindo a personalização dos métodos de acordo com as particularidades de cada situação.
- IV. Construção de relacionamentos saudáveis e duradouros: ao promover uma abordagem mais abrangente e flexível na elaboração da cláusula contratual de escolha do método de resolução de divergências, a Via Consenso contribui para a construção de relacionamentos saudáveis e duradouros. A ênfase na comunicação, diálogo e cooperação entre os contratantes fortalece a

confiança e a colaboração mútua. Isso resulta em uma resolução de problemas mais eficaz e na possibilidade de manter uma relação contratual contínua, mesmo após a ocorrência de conflitos.

Em síntese, resulta destacada a relevância da Via Consenso na elaboração das cláusulas contratuais para escolha do método de resolução de divergências, bem como reforçada a ideia de que os profissionais da advocacia consensual são verdadeiros arquitetos na prevenção, gestão e resolução de conflitos, escolhendo fazer parte da construção do resultado.

Através da superação da visão tradicional e da valorização da autonomia da vontade, decisão informada e inclusão de cláusulas elaboradas à medida, é possível promover relações contratuais mais eficazes, harmoniosas e duradouras.

6. Considerações Finais com Foco em Sociedades Inovadoras e Humanizadas

A presente pesquisa analisou a influência da Via Consenso na elaboração da cláusula contratual para a escolha do método adequado de resolução de divergências. Os resultados obtidos destacaram soluções mais abrangentes, inclusivas e flexíveis, o que desafia a visão tradicional das cláusulas contratuais de foro e disponibiliza relações contratuais mais harmoniosas.

A conscientização sobre as opções disponíveis, valorização da autonomia da vontade e busca por um consenso informado são aspectos fundamentais para promover relações mais humanizadas, eficazes e harmoniosas.

O conhecimento técnico e processual sobre esses métodos é fundamental para orientar os envolvidos na elaboração da cláusula contratual e garantir a eficácia da resolução de divergências.

A metodologia disponibilizada pela Via Consenso influencia significativamente a elaboração da cláusula contratual para escolha do método adequado de resolução de divergências, disponibilizando aos contratantes a oportunidade de personalizar a forma como os conflitos serão tratados, escolhendo um método que melhor se adeque às suas necessidades e valores. Isso contribui para a construção de relacionamentos saudáveis e duradouros, por meio do diálogo e cooperação.

No entanto, é importante ressaltar que a implementação efetiva da Via Consenso requer um esforço conjunto e conhecimento técnico dos profissionais envolvidos. A busca pela especialização técnica e processual sobre os diferentes métodos de resolução de disputas

é essencial para escolher o método mais adequado e garantir sua eficácia. Assim, recomenda-se que os profissionais da advocacia e os departamentos jurídicos estejam atualizados e capacitados para lidar com a escolha e implementação adequada dos métodos de resolução de divergências.

Em síntese, os resultados destacam os benefícios da metodologia Via Consenso na formulação de cláusulas contratuais, particularmente com foco no Triângulo Consensual. Ao adotar essa metodologia, os contratantes têm a oportunidade de cultivar relações robustas, promovendo a confiança e a cooperação como base para a resolução de divergências. Embora existam desafios, como a conscientização e capacitação, a implementação eficaz é uma meta alcançável. Assim, com base nos resultados alcançados, sobre a influência da utilização da Via Consenso, destacamos que a mesma influencia de forma prática:

- A disponibilização e possibilidade de inclusão no contrato de diferentes métodos, além do judiciário, permitindo soluções personalizadas e eficazes;
- O reforço da utilização dos princípios de Autonomia da vontade e Decisão Informada são cruciais na elaboração das cláusulas contratuais;
- A estimulação da redação de cláusulas adaptadas ao contexto e intervenientes, agilizando a resolução de conflitos sem ter de renegociar contratos.

Em última análise, concluímos que a Via Consenso vai além da elaboração da cláusula contratual, promovendo uma mudança de cultura face ao conflito. A sua metodologia reforça uma abordagem personalizada e casuística que valoriza a construção de soluções mutuamente satisfatórias, contribuindo para o desenvolvimento das relações e progresso da sociedade, através de inovações efetivas nas relações humanas.

Referências Bibliográficas

AMORIM, F.S.T. Autonomia da vontade nos contratos eletrônicos internacionais de consumo. 2ª edição - revista e atualizada de acordo com o novo Código de Processo Civil, Editora Juruá, 2017.

BARRETO, M.I.S. As cláusulas escalonadas de mediação e arbitragem: acesso à justiça e desjudicialização das relações contratuais. Editora Fórum, 2023.

BERTOLO, J.G. Contratos e instrumentos particulares comentados 6ª edição. Editora Mizuno, 2023.

COSTA, W.V.Z. GABRIEL J. P. Contratos Manual Prático e Teórico. Ed, do autor, 2002.

FALECK, D. Manual de Design de Sistemas de Disputas. Editora Lumen Juris, 2018.

GARCIA, M. S., & OLIVEIRA, L. P. Mediation in Commercial Contracts. In L. C. Rodrigues & S. P. Santos (Eds.), *Advances in Contract Law* (pp. 78-95). São Paulo, Brazil: Editora Jurídica, 2019.

- JOHNSON, R. J., & SMITH, K. L. *Alternative Dispute Resolution: A Practical Guide*. New York, NY: Routledge, 2020.
- LEVY, F.R.L. *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem*. São Paulo, Editora Saraiva, 2013.
- NASCIMENTO, D. M. M. do. *Via Consenso Minas Gerais, Brasil*. E-book. Ed, da autora, 2013.
- NASCIMENTO, D.M.M. *Mediação no Brasil - Regulamentação e Atualidade. Reflexões sobre Mediação*. Ricardo Cesar Correa Pires Dornelles - Herta Grossi (Organizadores); André Jobim de Azevedo...[et.al.], p.78-96, Porto Alegre: OAB/RS, 2018.
- NASCIMENTO, D.M.M do. *Advocacia Consensual em Ação*. Minas Gerais, Brasil. Ed, da autora, 2019.
- NASCIMENTO, D.M.M. V Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra - uma visão transdisciplinar. In: MOREIRA, Vital; MACHADO, Jónatas; GOMES, Carla de Marcelino; GOMES, Catarina; NUNES, César Augusto Ribeiro; SOARES, Leopoldo Rocha (Org.). *Negociação por valores - Resolução estratégica de conflitos em momentos de crise*. Campinas-Jundiaí: Editora Brasília, Edições Brasil, Editora Fibra, p. 335-348, 2021.
- NASCIMENTO, Dulce M. M. do. *A extinção da advocacia como você a conhece*. Minas Gerais, Brasil. Ed, da autora, 2021.
- ROCHA, N.C. *Análise da cláusula de eleição de foro em contratos internacionais que envolvem empresas em recuperação judicial no Brasil*. Editora Thoth, 2021.
- SANTOS, A. B., Silva, C. D., & PEREIRA, E. F. *The Impact of Consensual Methods in Contractual Dispute Resolution*. *Journal of Dispute Resolution*, p.123-145. DOI: 10.123/jdr.2022.12345, 2022.

O Marco Legal das Startups e a (Im) Possibilidade de Participação de Terceiros Investidores na Tomada de Decisão das Startups

The Legal Framework for Startups and the (Im) Possibility of Participation of Third Party Investors in the Decision Making of Startups

Eduardo Oliveira Agostinho¹
Gregório Portugal de Oliveira Furquim²

Sumário: 1. Introdução; 2. O investimento de risco em startups no Brasil (*Venture Capital*); 2.1. Matérias sujeitas a anuência prévia dos investidores; 2.2. Liberdade contratual entre os agentes; 2.3. Legalidade do direito de veto dos investidores; Considerações Finais.

Resumo: As startups podem ser compreendidas como instituições humanas projetadas para criar produtos e serviços sob condições de extrema incerteza e têm, em decorrência das drásticas mudanças acarretadas pela Quarta Revolução Industrial, ganhado um papel de destaque na economia mundial, que passa por uma corrida dos países na busca de desenvolvimento de tecnologia escalável. O Brasil, visando se alinhar com as tendências mundiais e fomentar o ambiente de negócios voltados às startups no país, instituiu o Marco Legal das Startups e do Empreendedorismo Inovador por meio da Lei Complementar 182 de 2021, que tem como ponto de destaque a identificação dos instrumentos voltados ao fortalecimento das condições para o desenvolvimento desse tipo de atividade no país. Dentre esses instrumentos está o mútuo conversível, principal instrumento para o investimento por terceiros em startups atualmente, no qual geralmente há previsão de voto afirmativo para o investidor quando da deliberação de determinadas matérias, sensíveis à continuidade do negócio. Contudo, a partir da promulgação do Marco Legal, ficou expresso que o investidor que realizar investimentos financeiros em startups não possuirá direito a gerência ou voto na administração da empresa, sendo esse critério como qualificador do investidor para afastamento da possibilidade de afetação do patrimônio particular deste terceiro na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica. Todavia, é inegável a importância das decisões acerca das matérias sujeitas a tal anuência prévia para a continuidade do desenvolvimento da atividade econômica proposta pela startup, de modo que a tomada de decisão de qualquer uma das matérias sem a devida cautela por parte dos responsáveis pela tomada de decisão poderia acarretar sérios problemas para a saúde da empresa e, conseqüentemente, dos recursos aportados pelo (s) investidor (es). Além disso, com a edição da Lei da Liberdade Econômica, a proposta é que o ambiente de negócios do país seja mais célere e eficiente, razão pela qual seria contraditória a interpretação do art. 8º do Marco Legal das Startups em qualquer sentido, que não o de legalidade da exigência de voto afirmativo em determinadas matérias pelos investidores de startups. Dessa forma, o artigo conclui que as regras aplicadas hoje no ecossistema de startups e *Venture Capital* possuem atualmente uma maturidade adequada e estão bem estruturadas, e forçar eventuais mudanças nessa perspectiva poderiam

¹ Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria e Bacharel em Direito pela PUCPR. Professor Titular de Direito Empresarial no Curso de Graduação em Direito, Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da PUCPR, na área de concentração Direito Econômico e Desenvolvimento, e Coordenador do curso de especialização (*lato sensu*) em Falência e Recuperação de Empresas, na PUCPR. Advogado. eduardo.agostinho@pucpr.edu.br.

² Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento e Bacharel em Direito, ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Grupos de Estudos em Análise Econômica do Direito (GRAED) da PUCPR. Advogado. gregorio.furquim@pucpr.edu.br.

acarretar a diminuição nos valores investidos e no número de rodadas de investimentos, os quais tem tido um aumento significativo nos últimos anos, o que seria prejudicial para a economia do país.

Palavras-chave: Startup; Marco Legal das Startups; Mútuo Conversível; *Venture Capital*; Lei da Liberdade Econômica.

Abstract: Startups can be understood as human institutions designed to create products and services under conditions of extreme uncertainty and have, as a result of the drastic changes brought about by the Fourth Industrial Revolution, gained a prominent role in the world economy, which is experiencing a rush of countries in search of scalable technology development. Brazil, aiming to align itself with world trends and to foster the business environment for startups in the country, instituted the Legal Framework for Startups and Innovative Entrepreneurship through Complementary Law 182 of 2021, which has as a highlight the identification of instruments aimed at strengthening the conditions for the development of this type of activity in the country. Among these instruments is the convertible loan, currently the main instrument for investment by third parties in startups, in which usually there is a provision for affirmative vote for the investor when deliberating on certain matters sensitive to the continuity of the business. However, since the enactment of the Legal Framework, it is expressly stated that the investor who makes financial investments in startups will not have the right to manage or vote in the company's administration. This criterion is used to qualify the investor to rule out the possibility of affecting the private assets of this third party in the event of disregard of the legal entity. However, it is undeniable the importance of the decisions about the matters subject to such prior consent for the continuity of the development of the economic activity proposed by the startup, so that the decision on any of the matters without due caution by those responsible. For making the decision could lead to serious problems for the company's health and, consequently, for the resources provided by the investor(s). Moreover, with the edition of the Economic Freedom Law, the proposal is that the business environment in the country be faster and more efficient, reason why it would be contradictory to interpret art. 8 of the Startups Legal Framework in any sense, other than the legality of the requirement of affirmative vote in certain matters by startup investors. Thus, the article concludes that the rules currently applied in the startup and Venture Capital ecosystem are mature and well structured, and forcing any changes in this perspective could lead to a decrease in the amounts invested and the number of investment rounds, which have increased significantly in recent years, which would be harmful to the country's economy.

Keywords: Startup; Startup Legal Framework; Convertible Loan; Venture Capital; Economic Freedom Act.

1. Introdução

As startups, empresas notadamente inovadoras e tecnológicas, as quais, podem ser compreendidas como instituições humanas projetadas para criar produtos e serviços sob condições de extrema incerteza,³ têm, em decorrência das drásticas mudanças acarretadas pela Quarta Revolução Industrial, ganhado um papel de destaque na economia mundial, que passa por uma corrida dos países na busca de desenvolvimento de tecnologia escalável.

³ RIES, E.. A Startup Enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação para criar empresas extremamente bem-sucedidas. São Paulo: LeYa, 2012. Pág. 24.

Dessa forma, o Brasil, visando se alinhar com as tendências mundiais e fomentar o ambiente de negócios voltados às startups no país, instituiu o Marco Legal das Startups e do Empreendedorismo Inovador por meio da Lei Complementar 182 de 2021, que tem como pontos de destaque a definição jurídica de “startup” – indicando os requisitos necessários para o enquadramento da empresa como startup – e a identificação dos instrumentos voltados ao fortalecimento das condições para o desenvolvimento desse tipo de atividade no país.

Dentre tais instrumentos, encontram-se os tipos de contratos de investimento dos quais as startups podem se valer para captação de recursos com terceiros para o financiamento da operação, até que a atividade atinja seu *breakeven* – ponto de equilíbrio.

Essa utilização de dinheiro proveniente de investidores decorre da enorme dificuldade que as startups enfrentam até sua consolidação mercado. Isso porque, até essa consolidação, geralmente, as startups passam por cinco fases prévias, sendo elas a ideação, a formação, a criação, a validação, o escalonamento e, finalmente, chegam à consolidação.⁴ Logo, até sua consolidação a startup percorre um longo caminho, no qual, sem a injeção de recursos financeiros, acabaria por ter o desenvolvimento de seu negócio, na grande maioria das vezes, inviabilizado.

Além disso, as startups são, por natureza, empresas que objetivam o rápido crescimento, de modo a multiplicarem em poucos anos seu valor de mercado, a fim de serem vendidas para empresas maiores ou se consolidarem a ponto de passarem a adquirir suas concorrentes.⁵

Esse tipo de busca por escalabilidade justifica esses aportes feitos por investidores, seriais ou não, uma vez que, para que o investimento em determinada startup fazer sentido para um investidor institucional de *Venture Capital*, ela deve alcançar uma receita de U\$ 100 (cem) milhões em um prazo de 6 (seis) a 9 (nove) anos, o que qualifica a startup a um *valuation* – valor de mercado – próximo a U\$1 bilhão.⁶

Sendo assim, a fim de regular essa relação startup-investidor e promover segurança jurídica para as partes, principalmente aos investidores, por meio do impedimento da qualificação de tais terceiros como sócios da sociedade para fins de desconsideração da

⁴ FEIGELSON, B; FONTENELE, E; FONSECA, V.C.. Direitos das Startups. Editora: Saraivajur, 2018. Pág. 32.

⁵ REIS, E.V.A. Startups: análise de estruturas societárias e de investimento no Brasil. – São Paulo: Almedina, 2018. p. 21-22.

⁶ RIGONATTI, E; LIMA, G. O *Venture Capital* no ecossistema de inovação e empreendedorismo: O ecossistema do capital empreendedor e da inovação. In: NESE, Arlete de Araujo Silva; GIAMBIAGI, Fabio (org.). *Private Equity e Venture Capital* no Brasil: Governança, criação de valor e alternativas em investimentos ilíquidos. São Paulo: Editora Lux, 2022. cap. II, p. 92.

personalidade jurídica anteriormente a sua entrada no quadro societário da empresa, o Marco Legal definiu que não serão considerados como integrantes do capital social da empresa os aportes realizados por meio de: (i) contratos de opção de subscrição de ações ou de quotas celebrados entre o investidor e a empresa; (ii) contratos de opção de compra de ações ou de quotas celebrados entre o investidor e os acionistas ou sócios da empresa; (iii) debêntures conversíveis emitidas pela empresa; (iv) contratos de mútuo conversível em participação societária celebrados entre o investidor e a empresa; (v) estruturação de sociedade em conta de participação celebrada entre o investidor e a empresa; (vi) contrato de investimento-anjo na forma da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro 2006 ; e/ou (vii) quaisquer outros instrumentos de aporte de capital em que o investidor, pessoa física ou jurídica, que não integre formalmente o quadro de sócios da startup e/ou não tenha subscrito qualquer participação representativa do capital social da empresa.

O mútuo conversível, notadamente o modelo mais utilizado no Brasil para o investimento de capital de risco em startups, tem sua grande adoção atribuída às “*convertible notes*” americanas.⁷ Trata-se, portanto, de uma “tropicalização das *convertible notes*”,⁸ na qual é viabilizado o investimento na startup sem a aquisição imediata de participação societária da empresa pelo investidor:

O mútuo conversível não é uma simples cláusula de opção de conversibilidade, mas sim um contrato híbrido e complexo. Híbrido, porque se caracteriza como um contrato de “dívida” que tem por principal objetivo a realização de um investimento. Complexo, pois se dá por meio do estabelecimento de uma série de previsões, como metas e regulação das rodadas de investimento, que determinarão como a relação entre as partes se desenvolverá ao longo da vigência do contrato.⁹

Os contratos de mútuo conversível não se confundem com os contratos de mútuo comum (típico). A distinção entre estes dois contratos pode ser verificada a partir uma série de exigências e previsões encontradas no mútuo conversível que foram elaboradas e pensadas especialmente para o investimento em startups, dentre as quais podemos destacar o voto afirmativo de investidores na deliberação de determinadas matérias.

Isso porque, a partir da promulgação do Marco Legal, ficou expresso que o investidor que realizar aporte (s) de capital em startups por meio de qualquer dos instrumentos contratuais mencionados acima, não possuirá direito a gerência ou voto na

⁷ FILHO, E.M.S.. Contratos de Investimento em Startups: Os Riscos do Investidor-Anjo. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 67.

⁸ COELHO, G. T.; GARRIDO, L. G. Dissecando o contrato entre startups e investidores anjo. In: JUDICE, L.P.; NYBO, E.F. (orgs.). Direito das startups. São Paulo: Juruá, 2016. p. 121.

⁹ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Escola de Direito de São Paulo. Laboratórios de Empresas Nascentes de Tecnologia. Negócios de impacto social: da estrutura de empresa Nascente a sua aproximação com o poder público. São Paulo, 14 out. 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28621>. Acesso em: 03 jun. 2022. p. 16.

administração da empresa, sendo esse critério como qualificador do investidor para afastamento da possibilidade de afetação do patrimônio particular deste terceiro na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica da startup:

Art. 8º O investidor que realizar o aporte de capital a que se refere o art. 5º desta Lei Complementar:

I - não será considerado sócio ou acionista nem possuirá direito a gerência ou a voto na administração da empresa, conforme pactuação contratual;

II - não responderá por qualquer dívida da empresa, inclusive em recuperação judicial, e a ele não se estenderá o disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), no art. 855-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, nos arts. 124, 134 e 135 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), e em outras disposições atinentes à desconsideração da personalidade jurídica existentes na legislação vigente.

Nota-se, portanto, um evidente conflito entre a prática de mercado e a recente promulgada legislação vigente. Sendo assim, o presente artigo se propõe a verificar, por meio da análise da relevância do investimento de *Venture Capital* para o desenvolvimento do ecossistema de startups, dos temas sobre os quais o voto afirmativo desses investidores é objeto e da natureza desse voto afirmativo, e de princípios contratuais, se a disposição legislativa pode vir a configurar óbice para o investimento em startups, em decorrência do ajuizamento de incidentes de desconsideração da personalidade jurídica em face de startups por credores que visam atingir o patrimônio pessoal de seus investidores.

2. O Investimento de Risco em Startups no Brasil (Venture Capital)

O investimento externo (institucional) é uma das forças motrizes que faz com que o ecossistema de startups ao redor do mundo siga girando. Nesse sentido, é inegável que o Brasil vive seu melhor momento para o empreendedorismo e para o investimento em novos negócios tecnológicos.

Isso se comprova com o crescente número de rodadas de investimentos realizadas e o significativo aumento dos valores aportados em startups por meio do *Venture Capital*. Apesar da pandemia da COVID-19 que o Brasil e o mundo atravessaram ao longo de 2020 e 2021, o Brasil apresentou repetidos aumentos nos números envolvendo *Venture Capital* no país, batendo novos recordes no quesito valores investidos e número de rodadas.¹⁰ Inclusive, no ano de 2021, considerando uma amostragem de apenas 6 (seis) meses (janeiro-junho), já

¹⁰ Dados de Distrito Dataminer. *Inside Venture Capital Report*. Disponível em: <https://distrito.me/dataminer/reports/>. Acessado em: 01/12/2021.

havia sido aportados mais de U\$ 5,2 bilhões de dólares, quebrando novamente o recorde de montante investido na modalidade.¹¹

Nota-se, portanto, a relevância dessa modalidade de investimento que vem crescendo de maneira contínua no Brasil, e tem sido, junto dos empreendedores, a grande razão do crescimento do ecossistema de startup no país nos últimos anos.

2.1. Matérias Sujeitas a Anuência Prévia dos Investidores

Em contrapartida ao aporte de recursos financeiros nas startups, os investidores exigem, geralmente, que elas se adequem às melhores práticas de mercado para garantirem que não haverá qualquer tipo de desvirtuamento por parte dos empreendedores no decorrer da maturação daquela empresa.

Sendo assim, uma vez que o momento de pactuação e regulamentação da relação entre as partes (investidor-startup) se dá no momento da celebração do contrato de investimento (geralmente um mútuo conversível), é nele que estarão dispostas as exigências demandadas pelo (s) investidor (es) aos empreendedores administradores da empresa.

Ainda, tendo em vista que esse investidor não passa a ser titular de participação societária até que o mútuo seja convertido em quotas ou ações do capital social da startup, ele não possui direito de voto nas deliberações sociais da empresa, de modo que a exigência de voto afirmativo desse investidor para a deliberação acerca de algumas matérias pelos empreendedores foi a medida encontrada pelo mercado para que os investidores consigam assegurar, dentro do possível, que não haverá desvirtuações e que os erros serão mitigados até sua efetiva entrada no quadro societário.

Dentre as matérias que comumente são elencadas como obrigatórias de aprovação do investidor é comum encontrar: (i) emissão e subscrição de novas ações; (ii) contratação de empréstimos; (iii) emissão de títulos de dívida; (iv) outorga de fianças, avais ou quaisquer outras garantias prestadas pela Sociedade a terceiros; (v) aquisição, alienação ou oneração de bens do ativo permanente da Sociedade; (vi) alteração do objeto social da Sociedade; (vii) realização de qualquer negócio, contrato ou operação entre a Sociedade e seus sócios; (viii) alienação ou aquisição de participações no capital de qualquer sociedade controlada pela Sociedade; (ix) reestruturação societária; (x) encerramento e constituição de subsidiárias e equivalentes; (xi) liquidação, dissolução e falência; (xii) “OPA” (oferta pública de ações); (xiii)

¹¹ Dados de Distrito Dataminer. *Inside Venture Capital Report*. Disponível em: <https://distrito.me/dataminer/reports/>. Acessado em: 01/12/2021.

mudança de controle; e aprovação dos termos para a contratação de opções de aquisição de participação societária da Sociedade com colaboradores e/ou prestadores de serviço.¹²

É nítido, portanto, que os investidores exigem sua aprovação prévia de matérias de inegável importância para a continuidade do desenvolvimento da atividade econômica proposta pela startup, de modo que a tomada de decisão de qualquer uma das matérias acima elencadas sem a devida cautela por parte dos responsáveis pela tomada de decisão poderia acarretar sérios problemas para a saúde da empresa e, conseqüentemente, dos recursos aportados pelo(s) investidor(es).

Além disso, não se pode olvidar de que a lógica envolvida nesses investimentos de *Venture Capital* é de que os investidores realizam aportes em diversas empresas, a fim de multiplicar seu investimento com algumas que atingirão o sucesso e repararão os prejuízos financeiros gerados pelas que fracassarem, de modo que os investidores tendem a possuir maior experiência para auxiliar os jovens empreendedores nas tomadas de decisão. Trata-se de uma das vantagens do chamado “*smart money*” disponibilizado pelos investidores de *Venture Capital*.

2.2. Liberdade Contratual entre os Agentes

É notória a importância do ordenamento jurídico, haja vista o modelo de “*civil law*” aplicado no Brasil e a extensa carta constitucional vigente no país. Contudo, a regulamentação deve ser limitada, uma vez que se trata de comandos de caráter geral, que podem não ser adequados para situações específicas de interesses menos generalistas.¹³

No Brasil parece haver uma tendência natural à hipertrofia normativa. Tome-se como exemplo a dimensão da Constituição Federal de 1988. Tem-se a errônea ideia de que as regras normativas serão capazes de resolver todos os problemas da sociedade, quando, na verdade, seguindo no exemplo da Constituição Federal, em que pese sua extensa dimensão, mais de 30 (trinta) anos depois, o rol de dificuldade e problemas enfrentados pelo povo brasileiro segue do mesmo tamanho.¹⁴

¹² Matérias elencadas em modelo de *term sheet* disponibilizado pela Anjos do Brasil, no site da Endeavor. Disponível em: < <https://capital.endeavor.org.br/investimento-anjo/processo-para-acessar>>. Acesso em: 05 jun. 2022.

¹³ RODRIGUES, F.M.; ROSSI, M.C.; FERRETO, Rebecca M. Introdução aos investimentos em *Private Equity* e *Venture Capital*: Liberdade contratual para os agentes econômicos no investimento em *private equity* e *venture capital*. In: *Private Equity* e *Venture Capital* no Brasil: Governança, criação de valor e alternativas em investimentos ilíquidos. São Paulo: Editora Lux, 2022. cap. I, p. 67.

¹⁴ RODRIGUES, F.M.; ROSSI, M.C.; FERRETO, R.M. Introdução aos investimentos em *Private Equity* e *Venture Capital*: Liberdade contratual para os agentes econômicos no investimento em *private equity* e *venture capital*. In: *Private Equity* e *Venture Capital* no Brasil: Governança, criação de valor e alternativas em investimentos ilíquidos. São Paulo: Editora Lux, 2022. cap. I, p. 68.

Visando justamente aproximar o Brasil de um ambiente de negócios de países mais desenvolvidos, minimizando, portanto, a intervenção estatal e aumentando a autonomia dos relacionamentos particulares a à autorregulação, foi editada em 2019 a Lei 13.874, denominada Lei da Liberdade Econômica. Constituem os princípios norteadores da referida Lei:

- Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:
- I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;
 - II - a boa-fé do particular perante o poder público;
 - III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e
 - IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Destes, cumprem para o desenvolvimento do presente artigo os incisos “I” e “III”, os quais, inclusive, à primeira vista podem parecer serem duas faces de uma mesma moeda, que já era anteriormente protegida pela Constituição Federal, por meio do princípio da livre iniciativa.

Ocorre, contudo, que nos mais de 30 (trinta) anos de vigência da Constituição, a interpretação do texto constitucional por aqueles que a isso se dedicam não foi o que se esperava quando da edição da norma pátria.¹⁵

Portanto, tendo em vista os princípios norteadores da Lei, tem -se que sua edição se deu a fim de corrigir o rumo dessa indesejada intervenção estatal no desenvolvimento da atividade econômica e deixar claro que as partes são livres para celebrarem seus contratos da maneira que entenderem ser mais benéfico para o desfrute de sua relação, devendo o estado intervir o menos possível.¹⁶

2.3. Legalidade do direito de veto de investidores

Ante o exposto, tendo em vista sua importância para o ecossistema, bem como a busca por meio da recém-editada legislação de conceder maior autonomia à liberdade entre particulares, não soa razoável impedir que os investidores de *Venture Capital* imponham algumas matérias sobre as quais exigem sua anuência prévia. Inclusive, é possível traçar entre esta situação e a Lei 4.829 de 1965, que instituiu o crédito rural no país. Isso porque lá, no capítulo “III”, que versa sobre a estrutura do crédito rural, está disposto que:

- Art. 8º O crédito rural restringe-se ao campo específico do financiamento das atividades rurais e adotará, basicamente, as modalidades de operações indicadas nesta Lei, para suprir as necessidades financeiras do custeio e da comercialização

¹⁵ LOUREIRO, C.S. Princípios na Lei de Liberdade Econômica. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., O.L.; LEONARDO, R.X. (coord.). Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 123.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 85.

¹⁶ LOUREIRO, C.S.. Princípios na Lei de Liberdade Econômica. In: MARQUES NETO, F.P.; RODRIGUES JR., O.L.; LEONARDO, R.X. (coord.). Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 123.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 87.

da produção própria, como também as de capital para investimentos e industrialização de produtos agropecuários, quando efetuada por cooperativas ou pelo produtor na sua propriedade rural.

Note-se, portanto, que o financiamento agrícola, regulado pela referida Lei, se restringe ao crédito para desenvolvimento das atividades rurais, de modo que a própria Lei institui como exigência essencial para o fornecimento do crédito que o financiador fiscalize a finalidade do empréstimo.

Contudo, em que pese tal dever de fiscalização, o financiador não carrega consigo o poder e/ou a responsabilidade de impedir que o financiado, uma vez com o dinheiro em “mãos”, não o utilize para outros fins, tratando-se, portanto, de mero controle externo exercido pelo financiador, como uma espécie de mecanismo de proteção ao crédito, visto que em caso de inadimplência o financiador terá muito mais dificuldades para reaver e receber seu crédito.

A mesma lógica pode ser aplicada na hermenêutica do art. 8º do Marco Legal das Startups. Sendo assim, não há que se falar em direito de voto na administração ou gerência na empresa por parte dos investidores, trata-se de mero controle externo por parte destes que não estão visando interferir na administração direta da empresa, mas apenas garantindo que os recursos (crédito) aportados estão sendo aplicados nos melhores interesses de todos os *stakeholders*.

Inclusive, tal afirmação pode ser corroborada pelas próprias cláusulas contratuais dos mútuos conversíveis. Isso porque, em que pese a existência de cláusula penal para o descumprimento da exigência de voto afirmativo e o consequente vencimento antecipado do mútuo conversível, o investidor não possui os poderes necessários para obrigar os empreendedores a obedecê-lo, restando caracterizado, portanto, um direito obrigacional que será convertido em direito patrimonial, não sendo o voto afirmativo executável em si.

Considerações Finais

Foram abordados, ao longo do presente artigo, aspectos da importância do investimento de *Venture Capital* para o crescimento do ecossistema de startups no Brasil, bem como analisou-se o instrumento contratual utilizado para o aporte desses recursos financeiros – o mútuo conversível.

Tendo em vista todo o exposto, é possível concluir que os investimentos realizados por meio dessa modalidade (*Venture Capital*) são experimentados e validados em um ambiente de normatização bastante limitada e de grande capacidade das partes definirem os padrões de risco que pretendem assumir. Inclusive, previamente à edição do Marco Legal das

Startups, os contratos de investimento já eram firmados nos mesmos moldes que são atualmente, conferindo aos investidores o direito de voto afirmativo sobre certas matérias.

Além disso, com a edição da Lei da Liberdade Econômica, a proposta é que o ambiente de negócios do país seja menos burocrático, mais célere e eficiente, razão pela qual seria contraditória a interpretação do art. 8º do Marco Legal das Startups em qualquer sentido, que não o de legalidade da exigência de voto afirmativo em determinadas matérias pelos investidores de startups.

Dessa forma, após o desenvolvimento dos estudos para a elaboração deste artigo, corroborando com as opiniões emitidas pelos diversos autores objeto de estudo, conclui-se que as regras aplicadas hoje no ecossistema de startups e *Venture Capital* possuem atualmente uma maturidade adequada e estão bem estruturadas, de modo que forçar eventuais mudanças nessa perspectiva poderiam acarretar a diminuição nos valores aportados e no número de rodadas de investimentos, os quais tem tido um aumento significativo nos últimos anos, de modo que seria prejudicial para o ecossistema e, conseqüentemente, para a economia do país.

Referências Bibliográficas

BERNARDINO, D. Fundos de *venture capital* e *private equity* – breve análise sobre sua evolução, características e importância. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. | vol. 61/2013. | p. 45 - 78 | Jul - Set / 2013. – DTR\2013\8474.

BRASIL. Lei 4.829, de 5 de novembro de 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14829.htm#:~:text=LEI%20No%204.829%2C%20DE%205%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201965&text=Institucionaliza%20o%20cr%C3%A9dito%20rural.&text=Art,o%20bem%20Destar%20do%20povo. Acessado em: 04/06/2022.

BRASIL. Lei Complementar 182, de 01 de junho de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp182.htm. Acessado em: 04/06/2022.

COELHO, G. T.; GARRIDO, L. G. Dissecando o contrato entre startups e investidores anjo. In: JUDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele (orgs.). Direito das startups. São Paulo: Juruá, 2016. p. 121.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). Instrução CVM n. 578, de 30 de agosto de 2016. Dispõe sobre a constituição, o funcionamento e a administração dos Fundos de Investimentos em Participações. Presidência da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, Rio de Janeiro, RJ, 30 ago. 2016. Disponível em: <http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst578.html>. Acesso em: 18 fev. 2021.

COMPARATO, F.K.; FILHO, C.S. O poder de controle na sociedade anônima. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CUMMING, D.; JOHAN, S.A. *Venture Capital and Private Equity Contracting: an International Perspective*. Burlington: Elsevier, 2009.

CUMMING, D. (ed.). *The Oxford Handbook of Venture Capital*. New York: Oxford University Press, Inc, 2012.

DISTRITO. *Inside Venture Capital Report*. Disponível em: <https://distrito.me/dataminer/reports/>. Acesso em: 01/12/2021.

ENDEAVOR. *Term sheet* disponibilizado pela Anjos do Brasil. Disponível em: <<https://capital.endeavor.org.br/investimento-anjo/processo-para-acessar>>. Acesso em: 05 jun. 2022.

Estrutura legal dos fundos de *private equity e venture capital*. Associação Brasileira de Private Equity & Venture Capital. Maio de 2018. Disponível em: <<https://www.abvcap.com.br/Download/Estudos/4010.pdf>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

FEIGELSON, B; FONTENELE, E; FONSECA, V.C. *Direitos das Startups*. Editora: Saraivajur, 2018.

FILHO, E.L.S. *Contratos de Investimento em Startups: Os Riscos do Investidor-Anjo*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Escola de Direito de São Paulo. Laboratórios de Empresas Nascentes de Tecnologia. *Negócios de impacto social: da estrutura de empresa Nascente a sua aproximação com o poder público*. São Paulo, 14 out. 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28621>. Acesso em: 03 jun. 2022.

HANSZMANN, F; HERMETO, L (org.). *Atualidades em Direito Societário e Mercado de Capitais: FUNDOS DE INVESTIMENTO*. Especial. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2021. v. V.

KRAAKMAN, R; ARMOUR, J; DAVIES, P; ENRIQUES, L; HANSMANN, H; HERTIG, G; HOPT, K; KANDA, H; PARGENDLER, M; RINGE, W.G.; ROCK, E. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. 3. ed. United States of America: Oxford University Press, 2017.

LINS, B.W... *Formas de Fomento Público à Inovação e ao Empreendedorismo. Startups: aspectos jurídicos relevantes / Eduardo Moretti, Lenadro Antonio Godoy Oliveira (orgs.)*. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LOUREIRO, C.S. *Princípios na Lei de Liberdade Econômica*. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coord.). *Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 123.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 65-99.

MAZZUCATO, M. *O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado*. Tradução Elvira Serapicos. – 1ª Ed. – São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

METRICK, A; YASUDA, A. *Venture Capital and the Finance of Innovation*. Hoboken: John Wiley and Sons, Inc., 2011.

OIOLI, E.F.; RIBEIRO JÚNIOR, J.A.; LISBOA, H. *Financiamento da startup*. In: OIOLI, Erik Frederico (coord.). *Manual de Direito Para Startups*. 2. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PAIVA, E.C. (ed.). *Fundos de Investimentos: Estrutura Jurídica e Agentes de Mercado como Proteção do Investimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

REIS, E.V.A. *Startups: análise de estruturas societárias e de investimento no Brasil*. – São Paulo: Almedina, 2018.

RIBEIRO, M.C.P.; KLEIN, V. (coord.). *O que é Análise Econômica do Direito: Uma introdução*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RIES, E. *A Startup Enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação para criar empresas extremamente bem-sucedidas*. São Paulo: LeYa, 2012.

RIGONATTI, E; LIMA, G. O *Venture Capital* no ecossistema de inovação e empreendedorismo: O ecossistema do capital empreendedor e da inovação. *In: NESE, Arlete de Araujo Silva; GIAMBIAGI, Fabio (org.). Private Equity e Venture Capital no Brasil: Governança, criação de valor e alternativas em investimentos ilíquidos*. São Paulo: Editora Lux, 2022. cap. II, p. 85-110.

RODRIGUES, F.M.; ROSSI, M.C.; FERRETO, R.M. Introdução aos investimentos em *Private Equity e Venture Capital*: Liberdade contratual para os agentes econômicos no investimento em *private equity* e *venture capital*. *In: Private Equity e Venture Capital no Brasil: Governança, criação de valor e alternativas em investimentos ilíquidos*. São Paulo: Editora Lux, 2022. cap. I, p. 67-82.

SALOMÃO FILHO, C. *O Novo Direito Societário: Eficácia e Sustentabilidade*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ZYDER, B. *How Venture Capital Works*. Harvard Business Review. November – December 1998.

Uma Abordagem à Proteção de Dados Aliada à Segurança e Saúde no Trabalho na Era Digital

An Approach to Data Protection Combined with Occupational Safety and Health in the Digital Age

Elisabete Santos¹

Sumário: 1. Notas introdutórias; 2. Âmbito de aplicação – Garantia de condições de segurança e saúde; 3. A segurança e saúde aliada à proteção de dados; 4. O tratamento lícito de dados no campo da saúde no trabalho; 5. A proteção de dados e a evolução tecnológica; 6. Considerações finais.

Resumo: O presente estudo pretende apresentar de forma sumária que reflexos tem o Regulamento de Proteção de Dados no âmbito da saúde no trabalho aliada à evolução tecnológica. A evolução digital veio proporcionar inúmeros benefícios no campo da segurança e saúde. Benefícios que se traduzem na facilidade com que as empresas, hoje, têm em organizar e arquivarem os dados pessoais recorrendo a meios de digitalização de documentos. Contudo, se por um lado se reconhecem benefícios, por outro, para que a digitalização de documentação salvguarde os direitos fundamentais dos trabalhadores, é preciso que se adotem medidas técnicas e organizativas que respeitem a aplicação de um conjunto de requisitos legais. O regulamento enuncia um conjunto de direitos dos titulares de dados e impõe às empresas que provem que estão em conformidade com o mesmo, nomeadamente, que os dados de saúde que tratam são legítimos e estão limitados ao que é necessário, estão atualizados, seguros, e têm políticas e procedimentos capazes de serem disponibilizadas às entidades de controlo, possuem sistemas para os monitorizar e se as mesmas estão a ser bem implementadas.

Palavras-chave: Dados pessoais; consentimento; saúde; trabalho.

Abstract: This study aims to summarise the impact of data protection regulation on occupational health and technological developments. The digital evolution has provided numerous benefits in the field of health and safety. These benefits are reflected in the ease with which companies can nowadays organise and archive personal data using document digitalisation means. However, if on the one hand there are benefits, on the other hand, in order for the digitalisation of documentation to safeguard the fundamental rights of workers, it is necessary to adopt technical and organisational measures that respect the application of a set of legal requirements. The regulation sets out a number of data subjects' rights and requires companies to prove that they are in compliance, namely that the health data they process is legitimate and limited to what is necessary. That it is up-to-date, secure, and that they have policies, procedures capable of being made available to supervisory bodies and have systems in place to monitor whether these are being properly implemented.

Keywords: Personal data; consent; health; work.

1. Notas Introdutórias

A Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) consagra no Capítulo III do Título II da Parte I os “Direitos, Liberdades e Garantias dos Trabalhadores. Os

¹ Professora Adjunta Convidada. ESTG/Politécnico de Leiria, Portugal. E-mail: elisabete.santos@ipleiria.pt

trabalhadores, sujeitos de direitos devem prestar a sua atividade laboral em condições que os valorizem e respeitem a sua individualidade. Um dos pilares de um desenvolvimento inclusivo e sustentável, preconizado no 8º objetivo da Agenda 2030² assenta na necessidade de promover à pessoa humana um trabalho digno e saudável. Sublinhe-se, a propósito, o art. n.º 1 da CRP que prevê que “*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*” o que demonstra que o princípio da dignidade humana tem de ser respeitado. Assim, entendemos que os Direitos Fundamentais do Trabalho consagrados na nossa CRP constituem os alicerces do Contrato de Trabalho, ou seja, face à nossa CRP, o Direito de Trabalho, não pode de modo algum olvidar de que tem de respeitar e contribuir para o cumprimento de todos os Direitos laborais. O trabalhador fica vinculado à organização através de um Contrato de Trabalho, que está limitado pelos Direitos Fundamentais.

A globalização caracteriza-se pelas várias alterações que traduz, designadamente, o aumento do volume de negócios, o complexo crescimento das relações comerciais, o aumento das movimentações de pessoas, bens e capital em todo o mundo. O crescimento das comunicações digitais possibilita às pessoas, em segundos, partilhar informação, i.e., saber o que se passa do outro lado do mundo. Os principais meios da globalização assentes na revolução das novas tecnologias da informação e comunicação, o conhecimento tecnológico, permanecem, restritos ao âmbito daqueles que detém o conhecimento. O poder da informação no mundo globalizado é praticamente incalculável. Enquanto no século XVIII o envio de mensagens levava vários meses a chegar ao seu destinatário (p.e. de navio). Atualmente, com um simples “*clique*” temos acesso a um conjunto de informações privilegiadas.

Os meios de comunicação de massas possuem uma grande importância na vida das sociedades, de tal forma que atualmente será muito difícil viver sem informação mediatizada. Será difícil para as sociedades ou para os indivíduos considerados isoladamente, prescindir dos meios de comunicação modernos. As sociedades atuais dependem de uma contínua comunicação que permite a interação pessoal, mesmo quando em situações de separação longínqua. A expansão global das telecomunicações transformou as relações espaço-temporais. Aqui se incluem a circulação dos dados pessoais (DP)³. Num mundo cada vez

² A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável foi adoptada em 2015 pelos Estados-Membros das Nações Unidas consagrando 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável que “*definem as aspirações globais para 2030*”. Disponível em: <https://ods.pt/ods/>

³ Ao abrigo do art. 4º, n.º 1 do Regulamento UE 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho (Regulamento Geral da Proteção de Dados) de 27 de abril de 2016, relativo à proteção de dados das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais e à circulação dos mesmos. JO CE.2016; L (119): 1-88, consideram-se dados pessoais os “*que contém informação que permite identificar ou tornar identificável uma pessoa*

mais globalizado, questões como o ambiente, a sustentabilidade, a segurança, a saúde, os direitos dos trabalhadores, estão, cada vez mais interligados e têm um maior impacto na sociedade.

2. Âmbito de Aplicação – Garantia de Condições de Segurança e Saúde

A promoção da saúde e da segurança é indissociável da garantia de proteção da dignidade do ser humano no trabalho e sem ela não se alcançam os objetivos das organizações, configurando-se, a nosso ver, como o motor de arranque para um desenvolvimento económico sustentável. Se, por um lado, o Código do Trabalho (CT) define os princípios que orientam o empregador e o trabalhador, com as devidas adaptações para a criação de condições de trabalho aos seus trabalhadores, por outro, a Lei 102/2009, 10 de setembro, regime jurídico da promoção da segurança e saúde no trabalho (doravante LPSST) estabelece os princípios enformadores por onde os empregadores se devem guiar para alcançar e garantir a integridade física, psíquica e o que as normas neste âmbito são aplicáveis a qualquer tipo de trabalhador, isto é, quer esteja vinculado a contrato sem termo, a termo ou ao abrigo do contrato temporário, prestação de serviços ou em regime de cedência.

Destarte, a evolução tecnológica exige hoje que as empresas não se preocupem apenas com o preço e a qualidade, mas também com os DP que recolhem, tratam ou conservam, para além da ética e a deontologia face aos clientes, fornecedores, com a implementação de boas práticas no ambiente interno, designadamente, ao nível da segurança e saúde dos seus trabalhadores ou dos produtos e à qualidade e preservação do meio ambiente. Como bem resulta do Plano Nacional de Ciência e Tecnologia (PNCT)⁴ a evolução no domínio da robótica e da inteligência artificial tem contribuído para um maior recurso às ferramentas digitais e à profusão de dados, o que consequentemente tem trazido mais problemas às organizações.

3. A Segurança e Saúde Aliada à Proteção de Dados

Numa interpretação perfunctória, é incontornável que a Segurança e Saúde do Trabalho surge no âmbito do funcionamento de todas as atividades económicas em todos os seus domínios, quer de cariz social, fiscal, técnico e económico. Os empregadores, na

singular e titular dos dados?. Na definição incluem-se os dados das pessoas singulares, por exemplo, o nome, o número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica, dados referentes à sua identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, social, e os dados de saúde, genéticos e biométricos.

⁴ FCT. *Agenda temática de investigação e inovação trabalho, robotização e qualificação de emprego em Portugal*. Versão de 28 novembro 2019, p.10. Disponível em: https://former.fct.pt/agendastematicas/docs/Agenda_trabalho_robotizacao_qualificacao_emprego_em_portugal_prefinalizacao.pdf Acesso 24 maio.2023.

tomada de decisões em todas as suas vertentes, são confrontados com a necessidade de as enquadrarem legalmente.

A lei fundamental⁵ consagra, no seu art. 59.º, n.º 1, alínea c), que ao trabalhador assiste o direito a” *só prestar trabalho quando se encontrem observadas as regras de higiene, segurança e de saúde*” e a alínea f) do n.º 1 do mesmo preceituado constitucional que “*o direito dos trabalhadores à assistência e justa reparação, quando vítimas de acidente de trabalho ou doenças profissionais*”. O que configura um direito à garantia de condições no âmbito da segurança e saúde, imediatamente dirigido contra o empregador configurando-se como um dever a prestar, garantindo a viabilização física da prestação, avaliando os riscos e os fatores de risco no trabalho e, por outro, permitindo ao trabalhador o exercício de um direito subjetivo mediante o direito de participar na permanente deteção, avaliação e redução desses riscos, através da informação, da consulta e da negociação e decisão.

Nas relações laborais a influência do mundo digital com o recurso diário a programas informáticos, internet, fomentam a partilha de informações e transmissão de DP, que trouxeram às organizações algumas preocupações. É consabido que a utilização inadequada da inteligência artificial e de algoritmos na recolha, tratamento e utilização de dados dos trabalhadores, pode traduzir-se numa maior ameaça dos seus direitos fundamentais, o que vai contribuir ainda mais para o desequilíbrio da posição de supremacia/subordinação que caracteriza a relação jurídico-laboral. Para atenuar o desequilíbrio patente na relação laboral caberá ao empregador adotar as medidas adequadas de modo a garantir a reserva quanto à vida íntima e privada dos trabalhadores. Ora, o que se pretende é que se proteja o trabalhador na sua posição mais débil, resultante da subordinação jurídica que caracteriza a relação contratual, face aos poderes que são legalmente reconhecidos ao empregador.

No nosso ordenamento jurídico português, a informação e a consulta aos trabalhadores no campo da segurança e saúde consubstanciam um dos deveres fundamentais

⁵ Destaca-se em termos evolutivos alguns instrumentos legais internacionais e nacionais dedicados à proteção dos direitos humanos, *inter alia*, o direito da privacidade centrado na proteção de dados, como p.e. a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que consagra no art. 12º que «ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei»; a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950) que prevê no art. 8º que «Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência»; a nossa CRP de 1976 prevê no seu art. 35.º «utilização da informática: proteção de dados pessoais e reconhecimento dos direitos dos titulares dos dados: acesso, retificação, atualização, conhecer a finalidade do tratamento (direito de informação)»; a Convenção 108º, do Conselho de Europa, enquadrado como o primeiro instrumento vinculativo ao nível da proteção de dados que consagra no art. 1º que visa «garantir (...) a todas as pessoas singulares (...) o respeito pelos seus direitos e liberdades fundamentais, e especialmente pelo seu direito à vida privada, face ao tratamento automatizado dos dados de caráter pessoal»; e, por fim a Carta dos Direitos Fundamentais na União Europeia, 1981, que estipula quanto à proteção de dados pessoais no art. 8º que «1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito». Vide, Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Preparar o Futuro. Inteligência artificial e Direitos Fundamentais, Síntese, 2021, p.4. Disponível em: fra-2021-artificial-intelligence-summary_pt.pdf

da entidade empregadora. O dever de informar na formação do contrato de trabalho impõe-se quer aos empregadores como aos trabalhadores, como resulta do art. 106.º do CT⁶ em que ambos devem respeitar o princípio da boa-fé. Não é nosso propósito, neste estudo, fazer uma análise interpretativa sobre o sentido e alcance do referido preceito. Não podemos, no entanto, deixar de sublinhar que o dever de informação impõe às partes a troca de todos os elementos úteis à formação e celebração do contrato, como p.e. a correta identificação das partes, aptidão do trabalhador, objeto do contrato e circunstâncias especiais que o rodeiam, local de prestação da atividade, condições de trabalho, entre outros. Os deveres de informação não obnubilam a possibilidade de o empregador realizar os exames médicos que se afiguram necessários à apreciação, através do médico do trabalho, da existência de aptidão física ou psíquica do candidato para desempenhar a prestação laboral objeto do contrato de trabalho (Cf. Art. 115.º CT). A alínea a), do n.º1, do art. 16º do referido diploma legal estipula expressamente a realização de "exames de admissão, antes do início da prestação de trabalho ou quando a urgência da admissão o justificar, nos 20 dias posteriores."

No processo de formação do contrato de trabalho, o dever de informação pré-contratual imposto aos contraentes, decorre do princípio geral da boa fé, na sua vertente de boa fé objetiva impositiva, nos termos do art. 227º, n.º1 do C.C., cujo incumprimento dá origem a responsabilidade civil pelos danos causados, e no caso de se ter celebrado o contrato de trabalho com base em informações incorretas, ou admitindo por certo uma situação que não foi esclarecida com o intuito de ocultar tal elemento à outra parte (dolo omissivo), pode dar origem a invalidade do contrato, nos termos gerais do Direito Civil.

Neste campo é imposto ao empregador um dever de confidencialidade traduzindo-se este na possibilidade de utilização das informações fornecidas pelo trabalhador única e exclusivamente para efeitos laborais. É consabido, que o trabalhador deve informar o seu empregador sobre as suas verdadeiras qualificações, habilitações, experiência profissional, formação profissional e estado saúde desde que inerentes e relevante para o exercício da sua prestação laboral. E, por outro, ao trabalhador é exigido um dever de sigilo aliado ao dever de lealdade centrado na obrigação de não divulgação das informações prestadas pelo empregador (p.e. sobre processos de fabrico e de trabalho, instrumentos de gestão ou situação económica). O dever de informação está limitado pela tutela da personalidade, como

⁶ Recentemente atualizado pela Lei 13/2023, de 3 de abril que altera o Código do Trabalho e Legislação conexa no âmbito da Agenda do trabalho Digno. Segundo JÚLIO GOMES, o dever de informar sustenta-se no princípio geral da boa-fé, sendo que o empregador tem uma maior obrigação de informar do que o trabalhador. In, *Direito do Trabalho – Relações Individuais de Trabalho*, vol I. Coimbra Editora: Coimbra, 2007, p. 480.

resulta do art. 70.º e ss. do Código Civil⁷ e art. 14.º e ss. do CT. O CT regula os direitos de personalidade nos art.s 14.º e ss. consagrando aí alguns direitos dentro dos quais destacamos, no âmbito do nosso estudo, o direito à integridade física e moral (Cf. Art. 15.º), o direito à reserva da vida privada (Cf. Art. 16.º), incluindo a proteção de dados pessoais (Cf. Art. 17.º) e direitos relativos à realização de testes e exames médicos ao trabalhador (Cf. Art. 19.º)⁸.

O direito à reserva da vida privada (Cf. Art. 16º) consagra-se como um direito de personalidade previsto no CT e no Código Civil (Cf. Art. 80.º do CC) e é um direito fundamental previsto na CRP (Cf. Art. 26.º, n.º 1). Este direito surge relacionado com as normas sobre proteção dos dados pessoais (Cf. Art. 73º-B, n.º 4 da LPSST), exames médicos (Cf. Art. 15.º e 108.º LPSST). O direito à reserva da vida privada do trabalhador restringe o poder de atuação do empregador relativamente aos DP e sensíveis aos quais o mesmo tenha acesso quer de forma autonomizada ou não autonomizada durante a fase da formação ou execução do contrato.

Face ao descrito anteriormente, considera-se que o empregador, o trabalhador e os SST devem respeitar os direitos de personalidade, cabendo-lhes guardar reserva quanto à intimidade da vida privada (vida pessoal, estado de saúde) quer quanto ao acesso, como à divulgação de aspetos relativos à esfera íntima (Cf. Art. 16.º do CT). Nos termos dos art.s 17.º e 19.º do CT, o empregador não pode exigir ao trabalhador que preste informações relativas à sua vida privada ou à sua saúde, ou que realize testes ou exames médicos para comprovação das condições físicas ou psíquicas. Salvo se tiverem por finalidade a proteção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à atividade o justifiquem devendo, nesse caso particular, ser fornecida fundamentação escrita ao trabalhador. Contudo, ainda assim, essas informações são prestadas ao médico, que só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a atividade, salvo autorização escrita deste (Cf. Art. 17.º CT). Atendendo à situação de debilidade e desequilíbrio que caracteriza a relação laboral, pretende a nosso ver o legislador laboral assegurar uma maior posição igualitária entre as partes⁹. Sublinhe-se, ainda que o Código

⁷ Cf. Para um maior desenvolvimento sobre a relação que se estabelece entre o direito da personalidade e o direito à proteção de dados, vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 679/05./TAEVR.E2.S1 de 16 de outubro de 2014, Relator Helena Moniz.

⁸ LAMBELHO, A.; DINIS, M. *La protección de datos de los trabajadores en Portugal: el diálogo entre el Código de Trabajo, el PGPD y la nueva Ley de Protección de Datos, vigilancia e controle n el Drececho del Trabajo Digital*. Thomson Reuters, Aranzadi, 2020, p. 405.

⁹ AMADO, J.L. *et al. Direito do Trabalho – Relação Individual*. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 115-117. Para maiores desenvolvimentos sobre os direitos de personalidade, veja-se, MOREIRA, Teresa Coelho. *Direito do Trabalho na Era Digital*. Coimbra: Almedina, 2021, pp.212-214; RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *O Novo Código do Trabalho-reflexões sobre a Proposta de Lei relativa ao novo Código do Trabalho*, in Estudos de Direito do Trabalho, vol. I, Coimbra: Almedina, 2003, p.29.

Penal nos seus art.s 192.º e 193.º refere-se à devassa da vida privada. Segundo a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (art. 9º), «a vida privada das pessoas em causa e a confidencialidade das informações que lhes dizem pessoalmente respeito devem ser respeitadas»¹⁰. Note-se que, o médico do trabalho ao promover a vigilância médica dos trabalhadores apenas deverá aceder aos dados de saúde¹¹ que são relevantes para o exercício da prestação laboral, (Cf. Art. 5.º, n.º 1, b) RGPD). A responsabilidade do médico do trabalho, neste campo, deverá basear-se nas boas práticas de modo a cumprir em todos os momentos da execução da vigilância técnica da saúde, com a proteção de dados com que lida.

A configuração do direito à proteção da privacidade consagrado nos instrumentos legais acima enunciados, deve ser conjugado com o Regulamento Geral da Proteção de Dados (RGPD) e da Lei 58/2019, de 8 de agosto. Atento à evolução digital o RGPD¹², que entrou em vigor em 25 de maio de 2016, pretendeu harmonizar a legislação aplicável nos diversos Estados-Membros da UE e reforçar os direitos dos cidadãos mediante a atualização da legislação relativa a proteção de DP, aplicável diretamente ao ordenamento jurídico português, com efeitos a 25 de maio de 2018. Este regulamento, reforça os direitos de todos os indivíduos (entenda-se não só os clientes, mas também fornecedores e trabalhadores) e torna as empresas responsáveis pelos DP que processam¹³. Considera-se à luz do referido regulamento que há tratamento de DP em qualquer operação que envolva DP, como por exemplo, a recolha, o registo, a organização, destruição, etc. O RGPD aplica-se a todas as entidades ou subcontratantes que procedam ao tratamento dos DP (Cf. Art.s 2.º e 3.º RGPD). Neste contexto, o controlo da aplicação das normas de confidencialidade previstas no RGPD incumbirá à Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd).

4. O Tratamento Lícito de Dados no Campo da Saúde no Trabalho

O conceito de dados de saúde enunciado no art. 4º, n.º 15 (art. 35º) do RGPD, é configurado como um dado sensível no art. 9º do RGPD. O tratamento de dados de saúde é por regra proibido (art. 9º, n.º 1 RGPD), estipulando-se algumas exceções enunciadas no n.º 2 do referido preceito legal. O RGPD exige, por regra, para que o tratamento de dados

¹⁰Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.ufp.pt/app/uploads/2019/06/declara%C3%A7%C3%A3o-universal-sobre-bio%C3%A9tica-e-direitos-humanos.pdf>.

¹¹ Tratados à luz do RGPD como uma categoria especial de dados pessoais *sensíveis*.

¹² Destaque-se que a Lei 58/2019, 8 de agosto, assegura a execução do RGPD no ordenamento jurídico português.

¹³ Cf. O direito à proteção de dados pessoais resulta da Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948, aliado ao direito à proteção da vida privada (art. 12º). Disponível em: <https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2018/01/Declaracao-Universal-dos-Direitos-Humanos.pdf>.

personais seja lícito que se obtenha o consentimento livre, específico, informado e inequívoco mediante a prestação de uma declaração expressa do titular dos dados, desde que seja prestado para uma ou mais finalidades específicas associadas às relações laborais, designadamente, igualdade no local de trabalho, de saúde e segurança no trabalho (art.4º, n.º 11, art. 6º, n.º 1, alínea a) e art. 7º, considerando 43º, art. 88º todos do RGPD). O que nos suscita uma reflexão sobre se o empregador deve obter o consentimento do trabalhador para proceder ao tratamento de DP dos trabalhadores no campo da segurança e saúde, dado que estamos perante uma relação laboral manifestamente desequilibrada entre as partes que a compõem¹⁴. Na verdade, reconhece-se que o empregador, dentro dos limites do contrato de trabalho e dos preceitos legais (cf. CT e da LPSST) possa proceder ao tratamento de DP dos trabalhadores para celebrar o contrato de trabalho, na definição das cláusulas pré-contratuais. E por outro lado, para o cumprimento de uma obrigação legal, como são os casos em que se tratam os dados relativos à vigilância da saúde (cf. Arts. 15.º, n.º 3, 8, 73-B, n.º 1, al. g) LTFP, art. 6º, n.º 1 al. b) e 9º, n.º 2, al.b), h) do RGPD). De acordo com o estipulado no RGPD, o tratamento de informação dos trabalhadores no contexto laboral que, regra geral, se baseie na execução do contrato de trabalho, ou cumprimento de obrigações legais não depende de consentimento. Ora, o empregador está investido de vários deveres consagrados legalmente, designadamente, no dever de garantir a saúde e segurança de todos os seus trabalhadores, devendo assegurar adequadas condições de trabalho e implementar as necessárias medidas de prevenção dos riscos profissionais e de promoção da saúde. Daqui se infere, que quando estejam em causa, designadamente, o tratamento de alguns dados sensíveis, no qual se incluem os dados de saúde, devem entender-se como especialmente protegidos, e o consentimento deve ser explícito quando necessário. Parece-nos que o tratamento de dados do trabalhador relativos à saúde pode contribuir para o desequilíbrio da posição de supremacia e subordinação que caracteriza a relação jurídico-laboral e traduzir-se numa violação dos seus direitos fundamentais. No âmbito da relação contratual sinalagmática estabelecida entre o empregador e o trabalhador torna-se necessário aferir se o consentimento do mesmo é fundamental para atribuir a legitimidade para prosseguir com o tratamento de dados.

Reconhecendo o RGPD que o tratamento de dados centrado na gestão de recursos humanos ou medicina preventiva não exigirá o consentimento do trabalhador, como

¹⁴ Segundo, TERESA MOREIRA, o consentimento é “relegado para um segundo plano, já que o trabalhador se encontra numa posição de desigualdade em relação ao responsável pelo tratamento, isto é, o empregador”, in, MOREIRA, T.C.M., A Admissibilidade Probatória dos Ilícitos Disciplinares de Trabalhadores detetados através de Sistemas de Videovigilância”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 71, 2020, p. 70.

fundamento de legitimidade a execução do contrato de trabalho e o cumprimento das disposições legais e convencionais (art.º 9, n.º 2, al. b) e h)). É indiscutível que a posição de dependência do trabalhador face à posição dominante do empregador não lhe permite livremente prestar o seu consentimento nos termos previstos no RGPD. De facto, o empregador é um dos sujeitos ou partes de contrato de trabalho, cabendo-lhe um poder de direção diretamente ligado à posição de subordinação a que o trabalhador se encontra sujeito. E por isso mesmo, na maioria das vezes a legitimação para que o empregador possa proceder ao tratamento de dados relativos à saúde do trabalhador não pode ter como fundamento legal o consentimento do trabalhador. Nessa posição jurídica caberá ao empregador proceder ao tratamento dos dados estritamente necessários de modo a cumprir com as suas obrigações legais. Na verdade, o empregador deve garantir a viabilização física da prestação laboral, implementando as políticas de promoção e prevenção essenciais para garantir um trabalho seguro e saudável. O que contribuirá para proteger o trabalhador na sua posição mais débil, proporcionando-lhe condições de bem-estar, e garantindo a proteção dos seus direitos de personalidade, designadamente, a sua integridade física e moral. Numa análise perfunctória ao art. 9.º, n.º 1 do RGPD constata-se que é proibido o tratamento de DP que revelem dados relativos à saúde. Contudo, é pacífico pela leitura do art. 9.º, n.º 2, h) do RGPD que o tratamento de dados relativos à saúde será lícito quando for necessário para efeitos de diagnóstico médico, de prestação de cuidados ou tratamentos médicos, medicina preventiva, ou de gestão do próprio serviço de ST. Porém, afigura-se que não é adequado nem proporcional que a recolha de dados de saúde que não se relacionem com essas situações possam ser tratados, sem que se obtenha o consentimento do trabalhador. Nesse sentido, entende-se de uma forma global, que as organizações devem prever antecipadamente quais as situações concretas que exigem o consentimento, e que este seja obtido em forma de autorização concreta para um fim específico, como p.e., a autorização específica para a realização de análises clínicas ou exames audiométricos quando legalmente a execução de uma atividade não exija a sua realização (Cf. Art.s 12.º e seguintes (ss.) RGPD). Decorre ainda do referido regulamento, que se o trabalhador presta o seu consentimento também o pode retirar com a mesma facilidade (Cf. Art. 7.º, n.º 3 RGPD). Contudo essa retirada não poderá pôr em causa a licitude do tratamento efetuado com base no consentimento previamente prestado (Cf. Art.s 6.º, 17.º RGPD). Para o efeito, é indispensável que a organização e o funcionamento do ST, garantam a adequada implementação da LPSST, e demais legislações, designadamente a promoção e vigilância da ST dos trabalhadores (Cf. Art.s 281.º CT e 73.º-B LPSST).

O RGPD reforça a necessidade do empregador que recorra a entidade externa para organizar os seus serviços SST que garanta a proteção dos DP mediante a celebração entre as partes de um contrato ou acordo escrito que vincule essa entidade (subcontratante) ao responsável pelo tratamento, (Cf. Art. 28.º, n.º 3 RGPD). Com efeito, os serviços SST ao realizarem os exames de saúde deverão ser sujeitos a acordo de confidencialidade (Cf. Art. 108.º LPSST).

A implementação dos serviços de SST, envolve um leque de deveres que cabem ao empregador, designadamente, a promoção da vigilância da saúde. O médico do trabalho ao realizar os exames de saúde adequados¹⁵, que permitam avaliar a aptidão física e psíquica do trabalhador para o exercício da atividade profissional, bem como a repercussão desta e das condições em que é prestada na saúde do mesmo, recolhe um conjunto de DP que constituem informação privada da sua saúde, regista-os e arquiva-os. Ao prosseguir esses intentos, em consonância com o RGPD, confere-se ao trabalhador o direito de ser informado sobre: i) a finalidade do tratamento; ii) os dados que deverá prestar; iii) os intervenientes nesse âmbito (quem é o responsável e o subcontratante do tratamento dos DP); iv) com quem os seus DP podem ser partilhados (subcontratação); v) as condições em que lhes pode aceder (p.e. por escrito); vi) como pode restringir o tratamento dos seus DP; vii) o direito de solicitar a sua retificação e, também, a sua eliminação (direito ao esquecimento) sem demora injustificada (30 dias).

No que diz respeito à finalidade do sistema de gestão da informação sobre a saúde dos trabalhadores, constata-se que o empregador apenas deverá tratar os DP que sejam adequados, pertinentes e não excessivos (Cf. Art. 5.º, n.º 1, b) e c), RGPD), i.e. limitada ao tratamento de algumas das categorias de dados que sejam essenciais, como p.e., dados de identificação, dados de saúde, historial clínico, resultados de exames de saúde ou complementares, ocorrência de baixas por doença e decorrentes de infortúnio laboral, dados relativos à atividade profissional e inerentes aos riscos de doenças profissionais. Neste contexto, um dos desafios que se coloca às empresas ou subcontratantes é que assegurem que o serviço, ou qualquer profissional de saúde, que acedam e procedam ao tratamento de DP relativos à saúde dos seus trabalhadores, contenham nos seus contratos de trabalho ou prestação de serviço um acordo ou uma cláusula de confidencialidade, que se refira em especial aos dados sensíveis (saúde dos trabalhadores) e preveja o objeto; a duração do vínculo contratual; a natureza e finalidade do tratamento; o destino dos dados; se os dados vão ser transferidos para fora da UE; se vão recorrer à subcontratação. As medidas de

¹⁵ Cf. Art. 108.º LPSST.

segurança para que se garanta que o tratamento dos dados é realizado de acordo com as instruções recebidas e são adotadas as medidas de segurança técnicas e organizativas adequadas e necessárias para assegurar e salvaguardar o respeito pelos interesses legítimos e direitos fundamentais, e pela dignidade dos trabalhadores (Cf. Art. 6.º, 28.º n.º 3, n.º 1 do art. 88º RGPD).

5. A Proteção de Dados e a Evolução Tecnológica

Não fará sentido falar hoje em empresa sem pensar necessariamente na tecnologia. A evolução tecnológica em contexto de trabalho, veio trazer novos desafios ao empregador e aos serviços SST e ao modo de organização e gestão de dados no âmbito da segurança e saúde no trabalho¹⁶. Se por um lado, se reconhece que a tecnologia veio facilitar o modo de funcionamento e gestão dos serviços SST, nomeadamente, contribuir para um maior controlo na vigilância da segurança e saúde, permitindo de forma mais célere a identificação de fatores de risco ao nível da saúde que possam ser causadores de problemas, como por exemplo, o stress ou o burnout. Por outro lado, a digitalização contribuiu para uma monitorização permanente dos espaços, dos comportamentos disruptivos, um acesso facilitado aos DP e tomada de decisões mais céleres. É indiscutível, que a utilização digital dos DP é hoje uma realidade essencial para a prestação de um serviço SST de qualidade e para eficiência dos mesmos, porém, poderá consequentemente refletir-se em problemas ao nível da proteção de dados.

Os documentos que suportam as deliberações ao nível da segurança e saúde, que, contenham DP, só poderão ser partilhados com a devida salvaguarda dos direitos fundamentais dos trabalhadores. A sua divulgação digital só poderá ser realizada, por quem tenha a legitimidade para a realizar e mediante a anonimização dos dados pessoais que permitam identificar um trabalhador, em cumprimento dos princípios da proporcionalidade e da minimização dos dados, ao abrigo da alínea c) do n.º 1 do art. 5º do RGPD, devendo ser reduzidos ao mínimo indispensável, nos termos do art. 9º, n.º 1 RGPD¹⁷.

De facto, se o acesso aos sistemas de gestão de informação e plataformas onde sejam registados os dados de saúde dos trabalhadores não estiverem protegidos e integrados em

¹⁶ Destaca-se a nova campanha 2023-2025 da Agência para a Segurança e Saúde no Trabalho (EU-OSHA) centrada em “Trabalhar com segurança e saúde na Era Digital” no âmbito das campanhas “Locais de Trabalho Seguros e Saudáveis que pretende sensibilizar o empregador para esta temática.

¹⁷ NASCIMENTO, R; GAMA, A (2019). RGPD em Contexto Laboral. Disponível em: <http://boletim.oa.pt/project/set19-rgpd-em-contexto-laboral/>

sistemas autónomos, e não estiverem reservados aos profissionais de saúde¹⁸ poderão ser comprometidos os direitos fundamentais dos trabalhadores se os dados forem partilhados de forma inadequada.

As novas ferramentas digitais implementadas na área da segurança e saúde, e a recolha de dados através das mesmas refletem-se numa real preocupação das organizações, suscitando mais desafios e ameaças para a sua segurança e privacidade ao nível da proteção dos seus dados pessoais. Tenha-se em conta que a introdução da tecnologia, a utilização e o acesso ilimitado a dados na área da segurança e saúde pode ter consequências nefastas para os trabalhadores, pois podem expor os dados pessoais (p.e., dados do paciente, idade, sexo, etnia, local de residência, enfermidades, doenças familiares e pessoais obtidos por via de um exame de saúde ou através de exames complementares ou por via eletrónica) e traduzir-se na violação do direito fundamental respeitante à privacidade e reserva à intimidade dos trabalhadores. O que implica necessariamente que se proteja os dados pessoais¹⁹, assegurando a confidencialidade e integridade dos sistemas de tratamento e que sejam objeto de um tratamento lícito e restrito.

Com efeito, à luz do RGPD devem ser previstas medidas especiais de segurança que impeçam o acesso aos dados pessoais por pessoas não autorizadas com a introdução p.e. de níveis de autenticação através de logins ou acesso restrito aos ficheiros em papel quando os mesmos são recolhidos no âmbito de aplicação de inquéritos online e em suporte de papel por técnicos de segurança ou outros profissionais e não diretamente pelo médico de trabalho.

¹⁸ A CRP, atribui a todos os cidadãos no art. 64º um “direito à proteção da saúde” que deve numa relação contratual respeitar os requisitos consagrados no CT e com a LPSST, designadamente, no dever de garantir a reserva da intimidade da vida privada do trabalhador (art. 17º, n.º 1, 19º, n.º 1 CT), e por outro, garantir o sigilo no acesso aos dados de saúde apenas por profissionais de saúde, tendo o empregador acesso apenas à ficha de aptidão (art. 17º, n.º 2 e 19, n.º 3 CT). Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo n.º 2594/19.8T8VFR-A.P1, 14 de julho de 2021, Relator Paula Leal Carvalho que configura o “segredo médico como um pilar fundamental do exercício da atividade médica e tutela quer direito à reserva da intimidade da vida privada, assente na dignidade da pessoa humana (constante em convenções internacionais, na CRP, art. 12º da DUDH, 8º da CEDH, 10º da CDHB, 26º e 32º, n.º 8, da CRP, art. 16º do CT, 195º do CP, art. 126º, n.º 2, do CCP e no RGPD e na Lei 58/2019, quer a indispensável confiança na relação médico/doente, tendo por objetivo garantir a proteção da confiança do indivíduo que, nele confiando, revela factos sigilosos”; a que acresce que os “dados contidos nos processos/registos clínicos de (outros) trabalhadores do empregador estão, sujeitos a sigilo médico (...)”

¹⁹ Cf. Art. 26º e 35º da CRP. Para maiores desenvolvimento, veja-se, a Orientação 09/2022 do Comité Europeu para a Proteção de Dados sobre a notificação da violação de dados pessoais no âmbito do RGPD, de 28 de março. 2023, que veio clarificar os requisitos das violações de DP em estabelecimentos localizados fora da UE, atualizando (i) paragrafo 73 da Seção II.C.2. das orientações e, as orientações do grupo de trabalho do art. 29º para a Proteção de Dados, sobre a notificação da violação de dados pessoais ao abrigo do RGPD. Disponível em: https://edpb.europa.eu/system/files/2022-10/edpb_guidelines_202209_personal_data_breach_notification_targetupdate_en.pdf Refira-se ainda que a CNPD emitiu em 2023 a Diretriz/2023/1, de 10 de janeiro, sobre medidas obrigatórias e de segurança aplicáveis aos tratamentos de DP. Disponível em: [file:///C:/Users/hp/Downloads/Diretriz_2023_1%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/hp/Downloads/Diretriz_2023_1%20(1).pdf).

Daí decorre, que o sistema autonomizado deve estar estruturado, de modo a permitir que o acesso a dados de saúde seja restringido aos diversos utilizadores por níveis de acesso e autenticação (por exemplo, o acesso aos dados de saúde dos trabalhadores deverá ser permitido apenas ao médico de trabalho (Cf. Art. 17.º CT), com a atribuição de uma palavra-passe que deverá ser periodicamente alterada ou eliminada sempre que o utilizador deixar de ter necessidade de aí aceder.

Torna-se, assim, crucial que a empresa disponibilize mecanismos de proteção e «backups» apropriados e adaptados às necessidades, que permitam armazenar os dados de saúde separados dos dados respeitantes à gestão administrativa ou processual, além de adequados processos de avaliação, que garantam a total confidencialidade e integridade, e que os dados sejam pseudonimizados e encriptados para que garanta o bom funcionamento dos sistemas e um tratamento adequado e necessário e não implique para os trabalhadores um sacrifício dos seus direitos fundamentais (Cf. Art.s 25.º e 32.º RGPD).

6. Considerações Finais

Em jeito de conclusão, e perante a época que vivemos, exige-se às organizações novos desafios e colocam-se novas ameaças aos DP que recolhem e tratam diariamente, o que impõe aos empregadores e aos serviços SST um cuidado redobrado e atento, e ao Estado a responsabilidade por manter atualizado os instrumentos legais neste âmbito. Considera-se que a dimensão e complexidade da matéria do RGPD, implica uma grande cooperação e envolvimento de todos os parceiros sociais (através da negociação coletiva) e o apoio do Estado para que se alcance os desígnios da sua implementação.

Posto isto, da análise efetuada constata-se que o empregador não é obrigado a obter o consentimento do trabalhador quando os dados recolhidos para tratamento se relacionem com o cumprimento das suas obrigações legais (art.6º, 9º RGPD). Sem prejuízo de terem de dispor de mecanismos informáticos que assegurem que os acessos realizados aos DP por trabalhadores internos e subcontratados são devidamente justificados e fundamentados, como p.e. com monitorização e auditorias permanentes aos procedimentos de segurança, salvaguardando os princípios da igualdade e da legalidade. Assim, dir-se-á que, *prima facie*, que a divulgação e o acesso “digital” aos dados de saúde, deve obedecer ao princípio da proporcionalidade e da tutela dos direitos fundamentais assentes no respeito pela vida privada e da proteção de dados.

Referências Bibliográficas

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA (2009, setembro 10), Lei n.º 102/2009, de 10 de setembro. Diário da República, 1.ª Série – N.º 176, pp. 6167-6192. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/a/489947>.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, (2004, agosto 18). Lei n.º 43/2004, de 8 de agosto. Diário da República n.º 194/2004, 1ª Série – N.º 194, pp. 5251-5257. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/a/480653>.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, (2018, agosto 21). Lei n.º 58/2018, de 21 de agosto. Diário da República, 1ª Série – N.º 160, pp. 4386-4387. Disponível em: <https://files.dre.pt/1s/2018/08/16000/0428604287.pdf>

CÓDIGO DO TRABALHO, 7.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2023.

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA UNIÃO EUROPEIA, 1981. Disponível: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=FR>. Acesso 24 maio.2023.

COMISSÃO NACIONAL DA PROTECÇÃO DE DADOS. Diretriz/2023/1, de 10 de janeiro, sobre medidas orgânicas e de segurança aplicáveis aos tratamentos de DP. Disponível em: [file:///C:/Users/hp/Downloads/Diretriz_2023_1%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/hp/Downloads/Diretriz_2023_1%20(1).pdf). Acesso em 28 abril.2023.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS (1950). Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso 23 maio.2023.

CONVENÇÃO 108ª, DO CONSELHO DE EUROPA (1981). Disponível: <https://rm.coe.int/cm-convention-108-portuguese-version-2756-1476-7367-1/1680aa72a2>. Acesso 24 maio.2023.

DRAY, Guilherme; MOREIRA, Teresa Coelho. *Livro verde sobre o futuro do trabalho*. Lisboa, trabalho, solidariedade e segurança social, 2021. Acesso 22 abril.2023.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.ufp.pt/app/uploads/2019/06/declara%C3%A7%C3%A3o-universal-sobre-bio%C3%A9tica-e-direitos-humanos.pdf>. Acesso 22 abril.2023.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM, 1948. Disponível em: <https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2018/01/Declaracao-Universal-dos-Direitos-Humanos.pdf>. Acesso 24 maio.2023.

FAZENDEIRO, A. *Regulamento Geral de Protecção de Dados*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2017.

FERREIRA, P., *A Protecção de Dados Pessoais na Sociedade de Comunicação: Dados de Tráfego, Dados de Localização e Testemunho de Conexão*, Lisboa, O Espírito das Leis Editora, Lda, 2006, p.455.

FCT. *Agenda temática de investigação e inovação trabalho, robotização e qualificação de emprego em Portugal*. Versão de 28 novembro 2019. Disponível em: https://former.fct.pt/agendastematicas/docs/Agenda_trabalho_robotizacao_qualificacao_emprego_em_portugal_prefinalizacao.pdf. Acesso 26 maio.2023.

GOMES, J. *Direito do Trabalho – Relações Individuais de Trabalho*, vol I. Coimbra Editora: Coimbra, 2007, p. 480.

MAGALHÃES, F.M.; PEREIRA, M.L., *Regulamento Geral de Protecção de dados*, Porto: Vida Económica, 2017.

MOREIRA, T.C.M., *A Admissibilidade Probatória dos Ilícitos Disciplinares de Trabalhadores detetados através de Sistemas de Videovigilância*, Cadernos de Direito Privado, n.º 71, 2020, p. 70.

- MOREIRA, T.C.o. *Direito do Trabalho na Era Digital*. Coimbra: Almedina, 2021, pp.212-214.
- ONU (1948), *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível em: <https://dre.pt/dre/geral/legislacao-relevante/declaracao-universal-direitos-humanos>. Acesso a 23 maio.2023.
- OIT. *As plataformas digitais e o futuro do trabalho, promover o trabalho digno no mundo digital*. 1ª edição. Genebra, 2018.
- PINHEIRO, A.S. *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*, Lisboa, AAFDL, 2015, p. 806.
- PINHEIRO, A.S. *A proteção de dados na proposta de regulamento comunitário apresentado pela Comissão Europeia: primeiras reflexões*, Lisboa, Direito e Política, n. ° 1, p.9 ss, 2012. Tribunal Justiça da União Europeia, acórdão de 06.11.2003, processo C-101/01, Bodil Lindqvist, Disponível em: < http://publications.europa.eu/resource/ellar/bcc476ae43f8-4668-8404-09fad89c202a.0009.02/DOC_1. Acesso 26 maio.2023.
- RAMALHO, MR.P. *O Novo Código do Trabalho-reflexões sobre a Proposta de Lei relativa ao novo Código do Trabalho*, in Estudos de Direito do Trabalho, vol. I, Coimbra: Almedina, 2003, p.29.
- UNESCO. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*, Comissão Nacional da Unesco, Portugal, Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura, 2005. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Acesso 27 maio.2023.
- UNIÃO EUROPEIA. Grupo de trabalho do artigo 29.º, *Parecer sobre as Diretrizes de aplicação e fixação de coimas* para efeitos do Regulamento 2016/679. 17/PT WP 253, adotadas em 3 de outubro, Bruxelas: Grupo de trabalho (03.10.2017), 2017. Disponível em: https://www.cnpd.pt/bin/rgpd/docs/wp253_pt_aplicacao_de_coimas.pdf. Acesso 27 maio.2023.
- UNIÃO EUROPEIA. Orientação 09/2022 do Comité Europeu para a Protecção de Dados *sobre a notificação da violação de dados pessoais no âmbito do RGPD*, de 28 de março. 2023. Disponível em: https://edpb.europa.eu/system/files/2022-10/edpbguidelines_202209_personal_data_breach_notification_targetedupdate_en.pdf
- UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016*, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso 27 maio.2023.

Considerações em Torno da Elaboração de Uma Obra Introdutória ao Direito

Considerations Around the Elaboration of an Introductory Work to Law

Elisabete Santos¹

Mário Barata²

Sumário: 1. Introdução; 2. Metodologia; 3. Objetivo/motivação; 4. Destinatários; 5. Estrutura; 6. Visão geral dos temas/conteúdos; 7. Considerações Finais.

Resumo: O presente estudo teve como mote o desenvolvimento de uma obra jurídica introdutória ao Direito resultante de um trabalho conjunto de vários docentes da ESTG e ESECS, com o intuito de partilharem conhecimento com os alunos não juristas sobre as noções e as estruturas do pensamento jurídico, conferindo uma visão geral dos mecanismos legais existentes no atual sistema jurídico. A redação da obra é um culminar de um processo de investigação em Direito, seguida de pesquisa bibliográfica e da leitura crítica das obras selecionadas. O interesse pelo tema relaciona-se com o facto dos coautores lecionarem a unidade curricular de noções fundamentais de Direito/Princípios Gerais de Direito/Introdução ao Direito. O estudo pretende relatar o estado do trabalho de preparação de uma obra que pretende ser inovadora, pois tem como objetivo uniformizar os conteúdos programáticos que devem ser lecionadas pelos docentes em diversas unidades curriculares nas várias escolas do Instituto Politécnico de Leiria. Neste texto inclui-se não só informação sobre a atividade desenvolvida, mas também informação sobre as perspetivas de desenvolvimento de toda a obra. A delimitação dos temas foi feita gradualmente, à medida que os mesmos foram surgindo, ao longo do texto contemplando terminologia, exemplos e referenciais jurídicos.

Palavras-chave: Noções gerais de Direito; ordem normativa; aprendizagem.

Abstract: The present study has as its motto the development of an introductory legal work to Law resulting from a joint effort of several teachers from ESTG and ESECS, with the aim of sharing knowledge with non-legal students regarding the notions and structures of legal thought, conferring an overview of the legal mechanisms that exist in the current legal system. The writing of the work is the culmination of a process of research in Law, followed by bibliographic research and critical reading of the selected works. The interest in the subject is related to the fact that the co-authors teach the curricular unit of fundamental notions of Law/General Principles of Law/Introduction to Law. The study intends to report on the state of the work of preparing a book that intends to be innovative, as it aims to standardize the syllabus that must be taught by teachers in the various curricular units in several schools of the Polytechnic Institute of Leiria. This text includes not only information about the activity carried out, but also material about the development prospects of the entire work. The delimitation of the themes was made gradually, as they emerged, throughout the text contemplating terminology, examples, and legal references.

Keywords: General notions of Law; normative order; learning.

¹ Professora Adjunta Convidada. ESTG/Politécnico de Leiria, Portugal. E-mail: elisabete.santos@ipleiria.pt

² Professor Adjunto. ESECS/ Politécnico de Leiria, Portugal. E-mail: mario.barata@ipleiria.pt

1. Introdução

No ano letivo 2021/2022, fomos desafiados no âmbito da licenciatura em Administração Pública para construir uma obra de apoio à lecionação da unidade curricular de Introdução ao Direito/Noções Fundamentais de Direito. Acreditando que a mudança do mundo se centra na educação, depois de convivermos com os nossos livros na estante, rapidamente vencemos o medo e resolvemos aceitar o desafio.

O desafio levou-nos necessariamente à compilação por escrito de algumas reflexões, com o intuito de organizar e divulgar a nossa experiência aos alunos do primeiro ano dos vários cursos do Instituto Politécnico de Leiria. A redação da obra é um culminar de um processo de investigação em Direito, seguida de pesquisa bibliográfica e à leitura crítica das obras selecionadas. É certo que as divulgações dos nossos saberes não pretendem de todo transmitir qualquer verdade absoluta ou estática. Pretende acima de tudo transpor para o mundo académico a nossa experiência pessoal na lecionação da unidade curricular, para que os alunos possam desenvolver os conteúdos programáticos, processando a informação e valorizando o acervo bibliográfico.

2. Metodologia

A metodologia utilizada privilegiou como meios de investigação a pesquisa bibliográfica e documental em bibliotecas privadas, públicas e universitárias, passando também por fontes estatísticas nacionais, internacionais, jurisprudência, legislação nacional, comunitária e internacional. Mas também com recursos a meios informáticos, nomeadamente, a internet. As características da obra pretendem ser claras e objetivas, sustentadas por uma bibliografia de base doutrinal essencial e adequada aos temas.

Na seleção da bibliografia mereceu a seriedade e atualidade das fontes, bem como, a seriedade de uma obra dogmaticamente profunda, problematizada e reflexiva sobre os vários temas.

As obras pesquisadas encontram-se referenciadas na bibliografia. Estas, listadas de forma meramente indicativa e não exaustiva, foram indicadas por ordem alfabética mediante referência ao autor. Na indicação de diversas obras do mesmo autor seguiu-se o critério cronológico. O trabalho seguiu as normas de edição de capítulos preparadas pela coordenadora da edição, coautora do presente artigo, fornecendo as regras básicas de edição dos capítulos para a publicação do livro (prazos de entrega, dimensão, regras de citação e as

referências) orientadas pelas normas APA-American Psychological Association na referenciação³.

3.Objetivo / Motivação

Estudar o Direito exige reflexão, espírito crítico e debate. Os principais destaques do livro, combina o saber teórico e prático, ilustrando-os com exemplos práticos. A obra, torna-se, a nosso ver, uma ferramenta de trabalho muito útil para os nossos estudantes para várias disciplinas.

Reconhece-se o grau de dificuldade dos alunos ao ingressarem nos cursos não juristas. Na fase de iniciação são muitos os desafios com que os alunos se deparam, entre eles na interpretação e na linguagem jurídica dos livros, e por isso, pretendemos que a obra em apreço seja de fácil acesso e leitura, afastando-se dos tradicionais manuais na área científica de Introdução ao Direito, sendo os seus conteúdos relevantes, com uma seleção de temas ajustados a toda a diversidade de unidades curriculares lecionadas nas várias Escolas do Instituto Politécnico de Leiria (doravante Politécnico de Leiria ou PL).

A unidade curricular Noções Fundamentais de Direito (NFD) de “iniciação” surge nos diferentes cursos não jurídicos em várias unidades orgânicas do PL com a necessidade de introduzir uma disciplina que permita aos alunos uma abordagem geral “sólida” para fundamentar, preparar e compreender o mundo “jurídico” aproximando-os dos conceitos e terminologia jurídica, englobando, os Princípios Fundamentais do Direito, o Estado, as Fontes do Direito, os ramos de Direito, a Norma Jurídica (estrutura; âmbito; interpretação; integração; aplicação da lei no tempo), a Relação Jurídica, a Administração Pública e o Direito bem como as Políticas Públicas.

Pretende-se com esta obra a consolidação de uma unidade curricular numa perspetiva interdisciplinar entre as ciências jurídicas e sociais, que apesar de terem programas pedagógicos variáveis, existe entre elas um tronco comum. A obra jurídica tem como objetivo uniformizar os conteúdos programáticos que devem ser lecionadas pelos docentes, sem por em causa o rigor e a qualidade exigidas no ensino superior. O ensino das Noções Fundamentais do Direito/Princípios Gerais de Direito/Introdução ao Direito impõe a sistematização dos programas e a diversificação dos conceitos, a fim de que não se verifique, concomitantemente, a dispersão de matérias.

³ ESTG/Politécnico de Leiria. Guia para a elaboração de citações e referências bibliográficas, Normas APA, 7ª Ed. Biblioteca da ESTG/IPL. Disponível em: file:///C:/Users/hp/Desktop/ARTIGO%20SETEMBRO%20AP/Guia_APA_7%C2%AAEd._v1.pdf

Este estudo pretende apresentar as razões que levaram os autores a aceitar o desafio de construir uma obra que pretende ser uma primeira abordagem ao Direito, descrever o método utilizado na sua elaboração e os temas desenvolvidos, bem como tecer algumas considerações sobre os destinatários da mesma. Neste texto incluímos não só informação sobre a atividade desenvolvida, mas também informação sobre as perspetivas de desenvolvimento de toda a obra. A delimitação dos temas foi feita gradualmente, à medida que os mesmos foram surgindo, ao longo do texto contemplando terminologia, exemplos e referenciais jurídicos.

4. Destinatários

4.1. Enquadramento Institucional.

O Instituto Politécnico de Leiria é uma instituição de ensino superior politécnico público criada pelo Decreto-Lei n.º 303/80, de 16 de agosto. Segundo o artigo 1.º dos seus Estatutos, o Politécnico de Leiria “é uma instituição de ensino superior de direito público, ao serviço da sociedade, destinada à produção e difusão do conhecimento, criação, transmissão e difusão da cultura, da ciência, da tecnologia e das artes, da investigação orientada e do desenvolvimento experimental”. O Politécnico de Leiria dispõe de estatutos aprovados e homologados, nos termos do n.º 1 do artigo 172.º do Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior (RJIES), publicados pelo Despacho Normativo n.º 35/2008 na 2.ª série do *Diário da República*, n.º 139, de 21 de julho, alterado através da retificação n.º 1826/2008, publicada no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 156, de 13 de agosto⁴.

O Politécnico de Leiria está sediado na cidade de Leiria e as suas Escolas e Centros de Investigação encontram-se localizadas na região de Leiria e Oeste. Integram o PL as seguintes Escolas Superiores: Escola Superior de Educação e Ciências Sociais (ESECS); Escola Superior de Tecnologia e Gestão (ESTG); Escola Superior de Artes e Design (ESAD.CR); Escola Superior de Turismo e Tecnologia e do Mar (ESTM); Escola Superior de Saúde (ESSLei). No Politécnico de Leiria, a área científica do Direito encontra-se principalmente na oferta formativa da ESTG. No ano letivo 2021/2022, a ESTG/PL ministra:

- 27 cursos técnicos superiores profissionais (TeSP)⁵, com cerca de 1260 estudantes;
- 44 cursos de licenciatura⁶ (algumas das quais funcionam em regime diurno e em regime pós-laboral, como acontece com o curso de licenciatura em

⁴ Cf. Pedrosa. R. et al (2021). Plano Estratégico 2030, do IP Leiria, p. 10, disponível em PE2030PTD.pdf (ipleiria.pt).

⁵Conforme informação prestada no Website da ESTG/IPLeiria. Disponível em: <https://www.ipleiria.pt/estudar/cursos/tesp/?escola=estg>,

⁶Conforme informação prestada no Website da ESTG/IPLeiria Disponível em: <https://www.ipleiria.pt/estudar/cursos/licenciaturas/?escola=estg>

- Solicitadoria, e ensino a distância, com cerca de 3650 estudantes;
- 24 cursos de mestrado (2.º ciclo)⁷, com cerca de 960 estudantes;
- vários cursos de pós-graduação e outras ações de formação contínua não conferentes de grau.

No ano letivo 2022/2023, dos 2591 candidatos que elegeram a ESTG, em alguma das suas opções, foram colocados 625 novos estudantes na primeira fase de concurso de acesso ao ensino superior 2022, esgotando-se as vagas de grande parte dos seus cursos de licenciatura, nos quais se inclui a Licenciatura em Administração Pública e Solicitadoria.

No ano letivo 2021/2022 o Departamento de Ciências Jurídicas (DCJ) integrou, 20 professores a tempo integral e 22 professores a tempo parcial e tem sob a sua égide a seguinte oferta formativa:

- i) o curso de Técnico Superior Profissional (TeSP) em Serviços Jurídicos, com 44 estudantes matriculados;
- ii) o curso de Licenciatura em Administração Pública (1.º ciclo), com 113 estudantes matriculados;
- iii) o curso de Licenciatura em Solicitadoria (1.º ciclo), com 248 estudantes matriculados no regime diurno e 143 estudantes matriculados no regime pós-laboral;
- iv) o curso de Mestrado em Administração Pública (2.º ciclo), com 37 estudantes matriculados;
- v) o curso de Mestrado em Solicitadoria de Empresa (2.º ciclo), com 39 estudantes matriculados;
- vi) o curso de pós-graduação em Registos e Notariado, com cerca de 50 estudantes matriculados;
- vii) alguns cursos de formação contínua.

A estratégia de médio e longo prazo da ESTG/PL está, alinhada com o Plano Estratégico do Politécnico de Leiria para 2030, reconhecido e como uma “instituição de ensino superior pública de referência a nível nacional e internacional, que assume uma centralidade e responsabilidade acrescida para gerar impacto local na qualidade de vida das pessoas e das instituições da Região onde está inserida, através da atividade educativa, social, económica, cultural, artística, ambiental, de saúde, entre outras”⁸. Os seus pilares de atuação, centrados na educação, a formação, e a investigação definem como missão e compromisso que: “o Politécnico de Leiria é uma instituição de ensino superior multicultural dedicada à educação, formação, investigação e inovação, que capacita cidadãos com competências relevantes para a sociedade e que gera conhecimento com impacto no desenvolvimento

⁷Conforme informação prestada no Website da ESTG/IPLeia Disponível em: <https://www.ipleiria.pt/estudar/cursos/mestrados/?escola=estg>

⁸ Pedrosa. R. et al. Plano Estratégico 2030, do IPLeia, 2021,p.7. Disponível em: <https://www.ipleiria.pt/wp-content/uploads/2022/02/PE2030PTD.pdf>.

sustentável regional e global”⁹. A ESTG/PL atua orientada primordialmente para as necessidades do tecido económico e social da região, não deixando o foco da Investigação, Desenvolvimento e Inovação. Enquadrado na missão institucional, tendo por base a internacionalização¹⁰, o Politécnico de Leiria traçou para o horizonte 2021-2030¹¹, entre outros, os seguintes objetivos estratégicos:

- OE2 – Promover a excelência no ensino, no qual se aponta como objetivo a modernização da oferta formativa, centrada no estudante, na inclusão, e que confira competências transversais científicas e técnicas, com uma forte aposta na inovação pedagógica; como plano orientador de ações estratégicas dentro deste objetivo estratégico destacamos o envolvimento dos estudantes “ao longo do seu percurso académico em atividades e projetos interdisciplinares, projetos de investigação científica, culturais, sociais, comunitários, entre outros”¹².

A obra que surge alinhada com a missão da ESTG tem como principal objetivo criar um manual que sirva de apoio aos estudantes e os aproxime da terminologia e das estruturas do pensamento jurídico, conferindo-lhes uma visão geral dos mecanismos legais existentes no atual sistema jurídico, facilitando a compreensão, interpretação e aplicação dos diplomas legislativos, bem como fornecer-lhes o conhecimento basilar para as demais disciplinas da área do Direito nas várias unidades existentes na ESTG/PL e ESECS/PL.

O propósito desta parte é proporcionar uma visão real tanto quanto possível, sobre o lugar de destaque que o domínio da área científica das Noções Fundamentais de Direito tem ocupado e ocupa nos processos educacionais e formativos dos estudantes dos cursos profissionais e dos TeSP, 1º e 2º ciclos das várias Escolas do Politécnico de Leiria.

A referida área científica é lecionada e contemplada nos planos curriculares de vários cursos como resulta da seguinte descrição:

4.2. ESTG – Escola Superior de Tecnologia e Gestão

A Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico de Leiria (ESTG) é uma instituição de ensino superior integrada no Politécnico de Leiria foi criada em 1985 pelo Decreto do Governo nº 46/85, de 22 de novembro, iniciando a sua atividade académica no letivo 1989/1990, no antigo Convento de Santo Estevão em Leiria, com 100 estudantes e

⁹ Pedrosa. R. et al. Plano Estratégico 2030, do IPLeiria, 2021, p.20. Disponível em: <https://www.ipleiria.pt/wp-content/uploads/2022/02/PE2030PTD.pdf>

¹⁰ Internacionalização alcançada mediante a promoção de: i) programas de mobilidade de estudantes, docentes, staff e investigadores; ii) projetos de investigação em parceria com instituições estrangeiras; iii) desenvolvimento de ações de cooperação; iv) participação em redes internacionais; v) do Politécnico de Leiria Global Academy. Informação disponível em www.ipleiria.pt/internacional/.

¹¹ Pedrosa. R. et al. Plano Estratégico 2030, do IP Leiria, 2021. Disponível em: <https://www.ipleiria.pt/wp-content/uploads/2022/02/PE2030PTD.pdf>

¹² Pedrosa. R. et al. Plano Estratégico 2030, do IP Leiria, 2021, p. 40. Disponível em <https://www.ipleiria.pt/wp-content/uploads/2022/02/PE2030PTD.pdf>.

três cursos de bacharelato e onde permaneceu até 1995 data em que foi transferida para o atual espaço. A ESTG é a maior unidade orgânica de ensino superior que integra o Politécnico de Leiria e está hoje sediada no *Campus 2*.

4.2.1. Nos Cursos Técnicos Superiores Profissionais

A ESTG oferece vários cursos TESP dos quais se destaca o curso de Técnico Superior Profissional de Serviços Jurídicos que integra no seu plano curricular a unidade curricular (uc) obrigatória *Noções Fundamentais de Direito*, no primeiro ano. O programa da referida unidade curricular abrange alguns temas que pretendem constituir uma bordagem à dogmática e noções elementares à introdução ao Direito. Para além deste, a ESTG integra na sua oferta formativa o Curso de Técnico Superior Profissional de Construção Civil, que dispõe no seu plano curricular da uc *Noções de Direito e Contratação Pública*, no primeiro ano. O programa da referida unidade curricular pretende aproximar os alunos da terminologia e das estruturas do pensamento jurídico, familiarizá-los com os conceitos fundamentais e conferir-lhes uma visão geral dos mecanismos legais existentes e aplicáveis ao sector da construção civil.

4.2.2. Nos cursos de 1º ciclo

No universo da oferta formativa ao nível do 1º ciclo, a ESTG/PL oferece a Licenciatura em Administração Pública que dispõe de uma unidade curricular relevante e obrigatória: *Noções Fundamentais de Direito*, no primeiro ano. O programa da referida unidade curricular visa aproximar os alunos do conjunto de noções introdutórias essenciais à compreensão do universo jurídico e à interpretação de legislação, favorecendo um conhecimento geral do ordenamento jurídico português e dos diferentes ramos de direito, a que acresce a abordagem à relação jurídica.

Para além deste, a ESTG oferece a Licenciatura em Solicitadoria que funciona em dois regimes: diurno e pós laboral. O plano curricular desta Licenciatura integra uma unidade curricular relevante e obrigatória: *Introdução ao Estudo do Direito*, no 1º ano que visa fornecer aos alunos os conhecimentos essenciais à compreensão do Direito como realidade social e estrutura normativa, bem como fornecer o conhecimento basilar para as demais unidades curriculares da área do Direito.

4.3. ESECS - Escola Superior de Educação e Ciências Sociais

A Escola Superior de Educação e Ciências Sociais (ESECS) foi criada através do Decreto-Lei n.º 513-T/1979, de 26 de dezembro, como Escola autónoma no âmbito do ensino superior politécnico, que estava a dar os seus primeiros passos em Portugal. Posteriormente, foi integrada no Instituto Politécnico de Leiria e iniciou a sua atividade em 1986. Esta unidade orgânica do Politécnico de Leiria “vocacionada para a formação de professores do ensino básico e de educadores de Infância, foi enriquecida, a partir de 1993, com novas ofertas de formação superior nas áreas das ciências sociais, que não existiam no distrito e que apresentam complementaridades com os seus domínios tradicionais de formação”.¹³ A ampliação da sua oferta formativa e posterior desenvolvimento conduziu à alteração da sua designação. Assim, a Escola passou a designar-se Escola Superior de Educação e Ciências Sociais após a publicação dos novos Estatutos do Instituto Politécnico de Leiria em 2008.¹⁴ Na ESECS a área científica do Direito integra-se no Departamento das Ciências Sociais, um dos cinco departamentos da Escola, cuja oferta formativa contempla vários cursos com unidades curriculares de Direito.

4.3.1. No Curso Técnico Superior Profissional

A ESECS oferece vários cursos TESP que funcionam em três cidades: Leiria, Torres Vedras e Pombal. O curso de Técnico Superior Profissional em Intervenção Social e Comunitária funciona naquelas três cidades e a estrutura curricular do mesmo comporta uma unidade curricular de “Direito e Legislação Social” no primeiro ano. O programa da referida unidade curricular abarca as matérias tradicionalmente lecionadas no quadro de uma unidade curricular de Introdução ao Estudo de Direito/ Noções Fundamentais de Direito/ Princípios Gerais de Direito, nomeadamente aquelas que se prendem com uma ideia geral de Direito, a estrutura do Direito e a metodologia. Para além deste, a ESECS oferece um curso de Técnico Superior Profissional em Comunicação Digital em duas localidades: Leiria e Pombal. O plano curricular deste TESP comporta uma unidade curricular de “Direito e Media” no primeiro ano e o programa do mesmo cobre igualmente as matérias normalmente lecionadas no quadro de uma unidade curricular referente à introdução ao Direito, sem prejuízo de uma parte referente à legislação que regula os media.

4.3.2. Nos cursos de 1.º ciclo

¹³ Ver preâmbulo dos Estatutos da ESECS adotados pelo Despacho n.º 7692/2016 publicados Diário da República, 2.ª série — N.º 111 — 9 de junho de 2016.

¹⁴ Ver Despacho Normativo n.º 35/2008, publicados na 2.ª série do Diário da República, n.º 139, de 21 de julho de 2008.

No âmbito da oferta formativa no primeiro ciclo a ESECS oferece uma licenciatura em Serviço Social (SS) e outra em Relações Humanas e Comunicação Organizacional (RHCO). A licenciatura em Serviço Social funciona em dois regimes: diurno e pós laboral. Diferentemente, a licenciatura em RHCO funciona no regime diurno e no regime de ensino à distância (ED). Os planos curriculares de ambas as licenciaturas comportam várias disciplinas na área científica do Direito e colocam uma unidade curricular de “Princípios Gerais de Direito” no primeiro ano das mesmas. Independentemente do regime (i.e., diurno, pós-laboral ou ensino à distância) os programas da unidade curricular de “Princípios Gerais de Direito” seguem os tópicos referidos no ponto anterior (i.e. ideia geral de Direito, estrutura do Direito, metodologia) acrescidos da matéria referente à relação jurídica.

4.3.3. Nos Cursos de 2º Ciclo

Por fim, a ESECS oferece um curso de mestrado em Mediação Intercultural e Intervenção Social (MIIS) cuja estrutura curricular comporta uma unidade curricular de Direito de Mediação no primeiro ano do mesmo. Nessa uc, há um módulo que trata as matérias normalmente lecionadas no quadro de um capítulo sobre uma ideia geral de Direito, dado que nem todos os alunos que se matriculam no curso de mestrado tiveram uma unidade curricular na área científica de Direito na sua formação anterior ao ensino superior.

4.4. ESTM - Escola Superior de Turismo e Tecnologia do Mar

A Escola Superior de Turismo e Tecnologia do Mar (ESTM) está localizada em Peniche e foi criada pelo Decreto-Lei n.º 159/91, de 26 de Abril de 1991. Entrou em funcionamento no ano-letivo 1999/2000. A ESTM oferece cursos em duas áreas de formação: o Turismo e a Ciência e Tecnologia do Mar.¹⁵

4.4.1. No Curso Técnico Superior Profissional

A ESTM oferece um curso Técnico Superior Profissional de Gestão Hoteleira e Alojamento, que contempla no seu plano curricular uma unidade curricular relevante e obrigatória: *Legislação, Ética e Acessibilidade no Alojamento*. Um dos tópicos do programa abrange o estudo das noções fundamentais de direito que pretende transmitir o conhecimento do Direito aproximando os alunos da linguagem, fontes e áreas de aplicação de Direito em áreas relacionadas ao turismo.

¹⁵ Ver o preâmbulo do Despacho n.º 14568/2011 do Presidente do Politécnico de Leiria que homologa os Estatutos da ESTM e publicado no Diário da República, 2.ª série — N.º 206 — 26 de outubro de 2011.

5. Estrutura

Trata-se de um conjunto de textos breves dispostos em nove capítulos, construídos numa linguagem jurídica simples que abordam conceitos básicos de Direito integrados no programa da unidade curricular de Noções Fundamentais de Direito como unidade obrigatória nos vários cursos de TeSP, 1º ciclo (de licenciatura) e 2º ciclo (de mestrado) ministrados na ESTG, ESECS e ESTM.

O livro contém, ainda, um conjunto de questões e referências bibliográficas no final de cada capítulo, com o intuito de facilitar aos alunos uma maior compreensão do conteúdo abordado e ilustração de alguns exemplos que possam ser colocados nos diversos momentos de avaliação (i.e., contínua, periódica ou final).

A lista bibliográfica incluída no final de cada capítulo, não esgota as obras existentes, mas dela consta livros, artigos, jurisprudência relacionados com as NFD e de sítios da internet que tenham sido eventualmente consultados.

6. Visão Geral dos Temas/Conteúdos

No início da obra jurídica em apreço encontram-se explanados os conteúdos a lecionar que visam ser um elemento fundamental para a prossecução dos objetivos a atingir. Este trabalho assume como eixo central a relevância do Direito no nosso quotidiano. A obra jurídica é desenvolvida por vários capítulos que se agrupam em diversas temáticas fundamentais interrelacionadas, que expomos resumidamente:

Quanto ao capítulo I e II dedicados aos “*conceitos e problemas fundamentais do Direito*” e aos “*elementos do conceito de direito*” fizemos a recolha, análise, seleção e interpretação doutrinária e legislativa relevante ao tema em análise tendo abordado algumas referências bibliográficas com o objetivo de enquadrar dogmaticamente os “*conceitos e problemas fundamentais do Direito*” e os “*elementos do conceito de direito*”. Nestes capítulos, pretende-se proporcionar e transmitir aos estudantes o conhecimento dos conceitos e noções gerais e os vários sentidos do Direito, nomeadamente, sobre as estruturas básicas do Direito, dos elementos que compõem o sistema jurídico-normativo, da relação entre a ordem jurídica e outras ordens normativas, a coercibilidade e a tutela no Direito. Parafraseando Justo (2020, p. 23) entenda-se “direito como sendo um conjunto de normas jurídicas necessárias à convivência humana que se inspira, e fundamentam na ideia de justiça e têm na coercibilidade uma importante condição de eficácia”. Tem por objetivo transmitir aos alunos alguns

conceitos que permitam que os alunos adquiram a capacidade de analisar, resolver e emitir juízos sobre questões jurídicas em contextos multidisciplinares. Mas, igualmente proporcionar-lhes um conhecimento vasto sobre o quadro legal em vigor (nacional, europeu e internacional) obtendo as competências que lhes permitam uma aprendizagem ao longo da vida dos futuros diplomados. A metodologia jurídica acompanha toda a vivência académica dos estudantes do Direito que têm de saber fazer uma interpretação criadora do Direito, adotando um discurso de persuasão ou legitimação.

No capítulo seguinte sobre a “*Tutela Pública e Tutela Privada*” (proteção) que é atribuída pela ordem jurídica às posições jurídicas dos sujeitos, estabelece-se a distinção entre a tutela pública ou heterotutela e tutela privada ou autotutela. Como bem refere Pedroso (2020, 267) “a tutela dos direitos consiste numa garantia dos direitos subjetivos e na defesa dos interesses legítimos das pessoas asseguradas pelo Estado através da ação da Administração Pública e dos Tribunais Judiciais e, quando a lei o permite, consiste, ainda, em as próprias pessoas poderem defender os seus direitos e compor os seus litígios através do recurso a meios não estaduais de resolução de conflitos”. Procura-se uma abordagem interrogativa na busca de uma solução numa tentativa de responder a questões, como por exemplo, sobre quem, quando e como é que se tutela a vigência da normatividade jurídica.

No quarto capítulo dedicado às “*Fontes do direito*” adota-se uma posição metódica decorrente da prévia resposta a algumas perguntas, tais como: O que são fontes do Direito? Segundo Espinosa Gomes da Silva, as fontes “os (...) modos de formação, de revelação das normas jurídicas, os modos como uma sociedade manifesta o seu querer no sentido de atribuir juridicidade a certas regras”¹⁶. O objetivo do capítulo é caracterizar todas as fontes de Direito e apresentar uma ordenação da sua hierarquia.

No quinto capítulo dedicado à “*Relação Jurídica*”, é feita uma abordagem sobre a relação jurídica que é toda a relação da vida social relevante para o Direito, ou seja, é toda aquela que produz efeitos jurídicos e é disciplinada pelo Direito. Procura-se dedicar alguma atenção ao conceito, às modalidades estrutura e aos elementos da relação jurídica, mormente, os sujeitos, objeto, factos jurídicos e garantia.

No sexto capítulo sobre os “*Ramos do Direito*” a obra transmite uma síntese de conhecimento sobre a divisão dos vários ramos de direito¹⁷ (Privado e Público) bem como as disciplinas

¹⁶ Cf. SILVA, N.J.E.G. História do Direito Português, Fonte do Direito, 5ª ed. Revista e atualizada. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2011, p. 22.

¹⁷ Segundo SOUSA, GALVÃO, in *Introdução ao Estudo do Direito*. Lisboa: Lex, 2000, p.312, trata-se de “um conjunto de regras com uma individualidade própria, cujo conteúdo se estrutura em função de princípios gerais específicos”. Por outro lado, BRONZE, in *Lições de Introdução ao Direito*. Coimbra: Gestlegal, 2021, refere que os ramos do direito “visam todos, mais ou menos transparentemente, regulamentar as exigências que a sociedade nos dirige; mas não visam menos institucionalizar, legitimar e limitar o poder”.

associados aos mesmos (por exemplo: Administrativo, Civil, Constitucional, Empresarial, Trabalho, Tributário, etc.), que o aluno vai ter oportunidade de se confrontar no decorrer do curso.

No sétimo capítulo sobre a Metodologia/“Interpretação, integração e aplicação das leis”. Neste capítulo procurou-se abordar as matérias que classicamente recaem no âmbito da metodologia jurídica. Assim, analisaremos os seguintes temas: interpretação (noção; objectivo; elementos; resultados); integração (lacuna; espécies; analogia; criação de uma norma ad hoc); aplicação da lei no tempo (problema; solução).

No oitavo capítulo faz-se a abordagem à “Administração Pública e o Direito” proporcionando uma abordagem científica sobre o modo de organização da atividade administrativa no ordenamento Jurídico Português.

E, por último o capítulo [nono] dedicado às “Políticas Públicas” no qual se pretende fazer uma abordagem à multidimensionalidade do próprio conceito. Enquanto objeto de estudo, às “*políticas públicas*”, far-se-á uma abordagem ao conteúdo, às estruturas, ao envolvimento dos diferentes atores e aos processos complexos e multidimensionais desenvolvidos em diversos níveis.

7. Considerações Finais

Acreditamos que a mudança do mundo se centra na educação! Como bem refere Elisabete Ramos¹⁸, “Ensinar Direito já não é, apenas, transmitir o domínio de uma técnica, nem sequer iniciar os estudantes numa qualquer ciência: é, antes de mais, conduzi-los em direção ao saber”.

Desejamos reiterar a importância da uc de NFD na formação dos futuros diplomados e considerar o seu papel nos currículos dos cursos da ESTG/ESECS/ESTM de uma forma uniformizada. Conclui-se que se torna crucial a existencia de uma unidade curricular centrada nos princípios gerais do Direito como de “iniciação” que oferece uma visão geral dos conceitos basilares do Direito de base científica e rigorosa, que devem ser conhecidos por estudantes dos Cursos Técnicos Superiores no 1º ou 2º ciclos.

A construção da obra jurídica revelou-se uma estratégia pedagógica para desenvolver e criar nos estudantes, aptidões para construir saberes e obterem competências estruturantes no processo de ensino-aprendizagem.

¹⁸ RAMOS, M. E. (2018). *Direito Comercial e das Sociedades: entre as Empresas e o Mercado*. Coimbra: Almedina, p. 6.

A obra em apreço apresenta-se como um trabalho original resultante da experiência pedagógica dos coautores, onde se descreve e examina um conjunto de temáticas que veem sendo abordadas nas unidades curriculares de Introdução ao Estudo de Direito/ Noções Fundamentais de Direito/ Princípios Gerais de Direito inseridas nos diversos cursos do Instituto Politécnico de Leiria. Elaborada para servir como instrumento de trabalho, o texto tende a ser um guião que oriente os estudantes dotando-o de um lastro suficientemente sólido de conhecimentos para uma aquisição progressiva de competências: enunciando as matérias em linguagem acessível mas rigorosa, remetendo para os conhecimentos de base essenciais à sua compreensão, fomentando o espírito crítico e a capacidade de argumentação e, disponibilizando um conjunto de questões que auxiliam o estudante no seu estudo autónomo, com vista a adquirirem as competências necessárias para resolverem os problemas suscitados pelo caso prático que reclama uma solução jurídica¹⁹. Não se pretendeu uma análise incoerente e inútil de temáticas, mas norteadas pela preocupação em permitir que os alunos prossigam um estudo sistemático e organizado e que no final do seu percurso de ensino-aprendizagem sejam capazes de conhecer os principais conceitos e instituições jurídicas.

Em jeito conclusivo, os coautores, docentes de diversas áreas jurídicas, tentaram contribuir para uma compreensão sistematizada e articulada do Direito, construindo uma ferramenta de estudo essencial, integrada e multifacetada, permitindo que o estudante inicie e desenvolva o conhecimento da ciência jurídica acedendo e analisando um conjunto de matérias ao longo do seu estudo.

Referências Bibliográficas

BRONZE, D.J. Lições de Introdução ao Direito. Coimbra: Gestlegal, 2021.

ESTG/POLITÉCNICO DE LEIRIA. Guia para a elaboração de citações e referências bibliográficas, Normas APA, 7ª Ed. Biblioteca da ESTG/IPL. Disponível em: file:///C:/Users/hp/Desktop/ARTIGO%20SETEMBRO%20AP/Guia_APA_7%C2%AAEd._v1.pdf. Acesso: 12 maio.2023.

MANGAS, N., Marques, J. P., Cadima, R., Pedrosa, R. (Coorde), 2017. Plano Estratégico Politécnico de Leiria 2020, Instituto Politécnico de Leiria. Disponível em: https://www.ipleiria.pt/wp-content/uploads/2019/08/Plano-Estrategico-2020_pt_spreads.pdf. Acesso: 23 maio.2023.

MARQUES, M.M.L., Ramos, M.E., Frade, C., Pedroso, J. Manual de Introdução ao Direito. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2020.

¹⁹ NEVES, C. *Metodologia Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NEVES, C. Metodologia Jurídica. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

PEDROSA, R. et al (2021). Plano Estratégico Politécnico de Leiria 2030, Instituto Politécnico de Leiria. Disponível em <https://www.ipleiria.pt/wp-content/uploads/2022/02/PE2030PTD.pdf>. Acesso: 23 maio.2023.

RAMOS, M. E. Direito Comercial e das Sociedades: entre as Empresas e o Mercado. Coimbra: Almedina, 2018.

JUSTO, A. S. Introdução ao Direito, 11º ed. Coimbra: Petrony, 2020.

SILVA, N. J. E. G. História do Direito Português, Fonte do Direito, 5ª ed., Revista e atualizada. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

SOUSA, M.R., Galvão, S. Introdução ao Estudo do Direito. Lisboa: Lex, 2000.

Compliance como Mecanismo para Garantir a Ética e a Integridade no Exercício das Atividades das Instituições Privadas de Ensino Superior do Brasil

Compliance as a Mechanism to Guarantee Ethics and Integrity in the Exercise of Activities of Private Higher Education Institutions in Brazil

Fábio da Silva Veiga¹

Isabela Ferrari Berti²

Douglas Henrique Finkler de Camargo³

Sumário: Introdução; 1. Programa de Compliance; 2. Compliance nas instituições privadas de ensino superior; 3. As avaliações de autorização e reconhecimento dos cursos superiores das instituições de ensino superior e a necessidade de implementação do compliance; Considerações Finais.

Resumo: O setor educacional no Brasil é um dos mais regulados da economia. Tanto as universidades públicas quanto as privadas são sujeitas às avaliações de autorização do Poder Público para exercer suas atividades. O *compliance* vem para agregar as regras e diretrizes legais que as Instituições já devem seguir e obedecer. Assim, o objetivo principal desse trabalho é a análise da necessidade de implementação de programas de *compliance* nas universidades do Brasil para garantir a ética e a conformidade no exercício de suas atividades. O método adotado é o hipotético-dedutivo, sendo utilizadas no desenvolvimento deste trabalho pesquisas bibliográfica e legislativa. Esse estudo viabilizou um maior entendimento sobre o *compliance*, além de despertar a compreensão de como utilizar o programa nas IES, por ser uma linha estratégica de operacionalização em relação à ética e a integridade, bem como para se sobressair no mercado competitivo.

Palavras-chave: *Compliance* educacional; Instituições de Ensino Superior; Ética; Conformidade; Controle interno.

Abstract: The education sector in Brazil is one of the most regulated in the economy. Both public and private universities are subject to authorization assessments by the Public Power to carry out their activities. *Compliance* comes to add the rules and legal guidelines that Institutions must already follow and obey. Thus, the main objective of this work is to analyze the need to implement *compliance* programs in universities in Brazil to ensure ethics and *compliance* in the exercise of their activities. The adopted method is the deductive one, being used in the development of this work bibliographical and legislative researches. This study enabled a greater understanding of *compliance*, in addition to awakening the understanding of

¹ Professor Doutor de Direito Empresarial da Universidade Lusófona, Portugal (na graduação, mestrado e doutorado). Doutor em Direito Empresarial pela Universidade de Vigo – Prêmio Extraordinário de Tese de doutorado. Investigador do Centro de Estudos Avançados em Direito (CEAD) *Francisco Suárez*. Presidente do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IberoJur. E-mail: fabio.veiga@ulusofona.pt – ORCID 0000-0002-9986-7813

² Mestranda em Direito, Inovação e Regulações do PPGD Univel (Cascavel-Paraná-Brasil), linha de pesquisa 1: Compliance e Instituições. MBA em Finanças Empresariais. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Univel. Advogada. Endereço eletrônico: isabelaferrariib@gmail.com – ORCID 0000-0001-5152-5913

³ Mestrando em Direito, Inovação e Regulações do PPGD Univel (Cascavel-Paraná-Brasil), linha de pesquisa 1: Compliance e Instituições. MBA em Banking pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Pós-graduado em Processo Civil pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Graduado em Direito pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Advogado. Endereço eletrônico: douglashenriquecamargo@hotmail.com – ORCID 0009-0004-9092-4262

how to use the program in Higher Education Institutions, as it is a strategic line of operation in relation to ethics and integrity, as well as to stand out in the competitive market.

Keywords: Educational *compliance*; Higher Education Institutions; Ethic; Conformity; Internal control.

Introdução

As regras, normas, princípios e convenções regem a sociedade como um todo. São elas que definem se determinadas condutas são apropriadas ou inapropriadas, baseando-se principalmente nos valores morais. Dessa forma, o *compliance* começou a ser utilizado na proteção dos consumidores, com o objetivo de beneficiar o gerenciamento estatal. No início do século XX, por exemplo, manifestaram-se as primeiras regulações relacionadas à comida e à bebida nos Estados Unidos que serviam como proteções ao consumidor e visava controlar rótulos de produtos, sobretudo com políticas de segurança.⁴

Segundo Guimarães, atualmente “o *compliance* deve ser entendido como referência aos sistemas de controles internos das empresas, que tem como principal função proporcionar maior segurança às análises econômicas financeiras”⁵. Ainda, o autor salienta que o principal dever e objetivo do *compliance* é mitigar os riscos de corrupção nas corporações, bem como diminuir fraudes em processos de licitação ou outras declarações com instituições governamentais.

Sob essa perspectiva, Candeloro, Rizzo e Pinho afirmam que *compliance* é “um conjunto de regras, padrões, procedimentos estéticos que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como as atitudes de seus funcionários”⁶.

Partindo dessa premissa, o presente artigo tem como problema de pesquisa: pode o *compliance* ser um mecanismo para garantir a ética e a integridade nos exercícios das atividades das universidades a implementação do programa de *compliance*⁷ nas universidades privadas do Brasil?

⁴ GUIMARÃES, César Caputo. A responsabilidade penal do compliance officer. 1. ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 43.

⁵ GUIMARÃES, César Caputo. A responsabilidade penal do compliance officer. 1. ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 41.

⁶ CANDELORO, Ana Paula. RIZZO, Maria Balbina Martins de. PINHO, Vinícius. Compliance 360º: Riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan, 2012, p. 30.

⁷ Note-se, que o *compliance* pode ser entendido como técnica de prevenção de riscos à legalidade (ou conformidade) das ações de uma organização; de outro lado, há uma conotação substantiva, caracterizada pelo instrumentalidade do termo “*compliance*” ou “programas de *compliance*”.

Como já dito anteriormente, o *compliance* existe há muito tempo⁸, no entanto o sistema foi aprimorado após a Operação Lava Jato desempenhada pela Polícia Federal em conjunto com o Ministério Público Federal, que estourou escândalos de corrupção em várias empresas brasileiras. Assim, toda e qualquer atividade relacionada com entidades ou órgãos estatais têm sido foco de estudo para melhoria, dentre elas a educação de ensino superior.

Ainda, o presente artigo se demonstra relevante vez que são muitas as vantagens que esse mecanismo pode trazer às IES⁹, pois quando as instituições seguem corretamente as normas necessárias para o seu segmento, existe uma maior probabilidade de se manterem em destaque frente ao mercado e aos órgãos reguladores, como o MEC¹⁰.

Além disso, um exemplo atual que deixa claro a necessidade de *compliance* nesses casos é o escândalo de propina e corrupção com barras de ouro envolvendo o MEC em 2022. Segundo o Sindicato dos Professores das Instituições Federais de Ensino Superior da Bahia, o escândalo veio a público após uma reportagem que o Jornal Estado de São Paulo realizou em março de 2022 e demonstrou que dentro do MEC teria um gabinete paralelo. Este gabinete era composto por pastores que controlavam a agenda de um dos Ministérios mais importantes da União e definiam até mesmo para onde iriam os recursos públicos da pasta. Segundo as investigações, Milton Ribeiro e os pastores Gilmar Santos e Arilton Moura são acusados de, mesmo sem ter cargo no governo, negociarem com prefeitos o repasse de verbas em troca de propina¹¹.

Sob essa perspectiva, será utilizado o método hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, documental, legislativa e ainda artigos de revistas e internet, que permite uma construção lógica de raciocínio, além de outros meios e técnicas de pesquisa direta e indireta, a fim de adquirir conhecimentos sobre o assunto.

Diante disso, o trabalho se dividirá em três tópicos. O primeiro tratará dos programas de *compliance* com maior profundidade, explicando seu conceito e os requisitos necessários para sua efetividade. O segundo tópico será acerca do *compliance* nas instituições de ensino, cujo o objetivo é verificar que a inclusão de um programa de integridade ajuda no controle e no cumprimento das normativas seguidas pelas IES, principalmente nas

⁸ Sobre o surgimento do *compliance*, vide especialmente: VEIGA, Fábio da Silva. *Responsabilidade dos administradores de sociedades – especial referência aos pressupostos da insolvência*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2021, p. 92.

⁹ Instituições de Ensino Superior;

¹⁰ Ministério da Educação.

¹¹ APUB, Sindicato dos Professores das Instituições Federais de Ensino Superior da Bahia. MEC é marcado por escândalo de propina e corrupção com barras de ouro. APUB Sindicato, 2022. Disponível em: <http://apub.org.br/mec-e-marcado-por-escandalo-de-propina-e-corrupcao-com-barras-de-ouro/>. Acesso em: 07 mai 2023.

regulamentações impostas pelo MEC. Por fim, o terceiro e último tópico buscar-se-á analisar as avaliações de autorização e reconhecimento dos cursos das instituições de ensino superior, além de analisar a necessidade de implementação do *compliance* nesses casos.

1 Programa de Compliance

A palavra *compliance* deriva do inglês “to comply”, que na tradução literária significa cumprir, ou seja, estar em conformidade, em que adota-se diversos mecanismos para que regras sejam cumpridas. O *compliance* abarca não somente o direito, como também outras áreas, como a de administração e economia. Trazendo para o âmbito empresarial e regulatório, seu significado é mais complexo, usado para nomear os programas de acompanhamento de normas e diretrizes dentro de uma empresa ou instituição, auxiliando na conformidade dos processos internos e na prevenção dos riscos inerentes a sua natureza jurídica.

Em suma, como Frazão dispõe que *compliance* é um “conjunto de ações a serem adotadas no ambiente corporativo para que se reforce a anuência da empresa à legislação vigente, de modo a prevenir a ocorrência de infrações ou, já tendo ocorrido o ilícito, propiciar o imediato retorno ao contexto de normalidade e legalidade”¹².

O termo tornou-se mais evidente no Brasil, com a publicação da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, em especial, no artigo 7º, inciso VIII, que determina a consideração na aplicação das sanções, a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

Sob essa perspectiva, cumpre-se ressaltar que não existe um modelo ou um manual a ser seguido para que o programa de *compliance* atinja sua finalidade e seja efetivo. Para isso, cada organização com seu setor de atuação irá desenvolver o programa com base nas suas peculiaridades, uma vez que os riscos envolvidos se diferem em cada ramo de atividade. Nesse sentido, De Azevedo afirma que “a falta de conformidade com as normas pode causar a irregularidade do negócio, levando a riscos que podem causar a interrupção das atividades da empresa.”¹³

¹² FRAZÃO, A. Programas de *compliance* e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por ilícitos administrativos. In: ROSSETTI, Maristela Abla; PITTA, Andre Grunspun. *Governança corporativa: avanços e retrocessos*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 42.

¹³ DE AZEVEDO, MM.; CARDOSO, A.A.; DARTE, J.G.; FEDERICO, B.E.; LIMA, M.A. Ferreira. O compliance e a gestão de riscos nos processos organizacionais. *Revista de Pós-Graduação Multidisciplinar*, São Paulo, SP, v. 1, n. 1, p. 179-196, 2017

O Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, que regulamenta a Lei nº 12.846 traz alguns pilares que devem ser observados e considerados em programa de *compliance*, sendo eles: a) O comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluindo os conselheiros; b) Elaboração de um código de ética e conduta; c) Treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; d) Análise periódica dos riscos; e) Implementação de controles internos; f) Independência e autonomia do setor de *compliance* e controles internos; g) Canais de denúncia de irregularidades; h) Monitoramento constante dos controles e dos processos, e i) Medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade.

Segundo Coutinho¹⁴ em seu artigo intitulado “Rumo a um programa de *compliance* e integridade para a administração pública”, trouxe alguns requisitos que são importantes para que haja uma efetividade do programa de *compliance*. Segundo a autora, esses requisitos são:

1. Separação de poderes;
2. Documentação e verificabilidade para controle dos atos, produzida e custodiada por quem adota o Programa;
3. Congruência e coerência nas operações;
4. Transparência na gestão;
5. Imparcialidade e independência dos órgãos de controle;
6. Cumprimento e explicação;
7. treinamento contínuo dos envolvidos e
8. Confidencialidade.

Efetivamente o *compliance* é algo que vale a pena ser considerado. Neves¹⁵ em um de seus estudos, dispõe acerca de alguns motivos para implementar, desenvolver e manter um programa de *compliance*.

O primeiro motivo se caracteriza em mitigar os riscos da empresa e de seus funcionários, diminuindo as chances de serem penalizados futuramente por autoridades. O segundo motivo é justamente a possibilidade de reduzir as penalidades nos casos em que a empresa cometa alguma violação, pois uma vez que possua um programa de *compliance* efetivo, a legislação prevê esse direito. O terceiro motivo está relacionado exclusivamente aos gestores e todos que conduzem a empresa. Quando o administrador toma a decisão de implementar um programa de *compliance* efetivo, ele prova que suas atitudes têm como objetivo diminuir os riscos relacionados à empresa e aos funcionários, bem como se proteger de situações que possam o acertar como pessoa física.

Ainda, o quarto motivo demonstra que possuir um programa de *compliance* efetivo evita a empresa de realizar compras superfaturadas, ou seja, acima dos valores do mercado.

¹⁴ COUTINHO, A.R; NETO, A.C.; SILVA, A.B. da. Direito, compliance e tecnologia. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019.

¹⁵ NEVES, E.C. Compliance Empresarial: O tom da liderança. São Paulo: Trevisan Editoria, 2018.

Esse evitar se dá em razão dos canais de denúncia que são meios de reportar tentativas de favorecimento. O quinto motivo está ligado a reputação da empresa e o sexto motivo diz respeito a investimentos financeiros, pois possuir o programa de compliance possibilita às empresas solicitarem empréstimos, por exemplo no BNDES ou em investidores estrangeiros que exigem o programa.

Por fim, o autor complementa um sétimo motivo que seria adicional, em que um programa de *compliance* efetivo está diretamente ligado ao diferencial competitivo daquela empresa e que pode fazer com que as demais corporações que não possuem *compliance* fiquem de fora de eventuais situações em que o programa seja uma exigência, como o Estado do Rio de Janeiro que desde 2017 exige que somente empresas que possuem programa de conformidade efetivo possam participar de licitações.

2 Compliance nas Instituições Privadas de Ensino Superior

Após demonstrado o conceito de *compliance*, e seus requisitos mínimos, é possível analisar a sua aplicabilidade dentro de uma Instituição de Ensino Superior. A inclusão de um programa de integridade, inicialmente ajuda no controle e no cumprimento das normativas seguidas pelas IES, principalmente nas regulamentações impostas pelo Ministério da Educação.

Além das próprias sanções aplicadas pelos órgãos que regulam as instituições de ensino, existem também os programas governamentais e os da própria instituição, para facilitar o acesso à educação. Esses programas, se não forem acompanhados e fiscalizados por um controle interno, podem causar prejuízos financeiros, até mesmo o fim do credenciamento da instituição.

Alguns comportamentos irregulares por parte da instituição, que possam afetar professores, funcionários ou alunos, estão sujeitos a gerarem despesas com indenizações. Assim como em qualquer outra empresa, a reputação é algo importante, além de ser responsável por manter a qualidade e funcionamento da instituição de ensino, uma falha comportamental ou o não atendimento a determinadas regras, podem causar um grande prejuízo para imagem da IES.

Com o atual cenário econômico, considerando as inúmeras novas instituições de ensino ativas, inclusive trazidas pela regulamentação das IEDs¹⁶, o mercado ficou altamente competitivo, logo, não há margem para que as instituições incorram em erros ou desatenção as normas impostas.

¹⁶ Instituições de Ensino a Distância

Considerando que não há como estar livre desses riscos, a implantação de um programa robusto e eficaz de *compliance*, poderá minimizar a ocorrência de irregularidades, bem como, traçar um plano de ação para correção. Sendo assim, Ledesma e Rodrigues defendem que o primeiro passo para que seja implementado o programa na instituição é a elaboração de um código de ética e conduta, a fim de evidenciar a finalidade da IES, bem como sua boa administração. Além disso, os autores complementam dizendo que o treinamento periódico dos funcionários é outro elemento fundamental para que estejam atentos a tudo que dispões o código de ética e conduta¹⁷.

Sob essa perspectiva, faz-se necessário que todas as políticas da instituição privada de ensino superior estejam conectadas com as políticas de *compliance*, uma vez que somente assim é possível assegurar um programa mais consistente e independente.

3 As Avaliações de Autorização e Reconhecimento dos Cursos Superiores das Instituições de Ensino Superior e a Necessidade de Implementação do Compliance

O setor educacional no Brasil é um dos mais regulados da economia e o artigo 209 da Constituição Federal de 1988 dispõe que o ensino é livre para a iniciativa privada desde que cumpra as normas gerais da educação nacional, bem como seja autorizado e avaliado de forma qualificada pelo Poder Público, assim as instituições privadas de ensino superior estão submetidas às normas gerais da educação nacional¹⁸.

As instituições de ensino superior e o Poder Público possuem uma relação que engloba as autorizações, reconhecimento e a renovação de cursos, credenciamento e recredenciamento¹⁹.

Assim, em 2004 foi criado o SINAES (Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior). Regido pela Lei nº 18.861, de 14 de abril de 2004, sendo composto por três elementos: a avaliação institucional, avaliação dos cursos de graduação e avaliação do desempenho de estudantes (ENADE). Ademais, princípios fundamentais do SINAES são: responsabilidade com a qualidade e com o compromisso social e reconhecimento da diversidade e respeito à identidade.

Seu artigo 1º dispõe:

¹⁷ LEDESMA, T.H.W.; RODRIGUES, ML.B. Implementação do compliance na Fundação Nacional do índio – FUNAI. Revista Jurídica, v. 2, p. 114 – 115. 2016.

¹⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 mai 2023.

¹⁹ SILVA, D.C.; COVAC, J;R;. Compliance como boa prática de gestão no ensino superior privado. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 21.

Art.1º Fica instituído o Sistema Nacional de Educação Superior – SINAES, com o objetivo de assegurar processo nacional de avaliação das instituições de educação superior, dos cursos de graduação e do desempenho acadêmico de seus estudantes, nos termos do art. 9º, VI, VIII, IX, da lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. (BRASIL, 2004).

Essas avaliações podem ocorrer de forma interna, por meio da CPA²⁰ ou externas realizadas pelas comissões que o INEP²¹ designa. Foi sob essa perspectiva que a Constituição Federal de 1988 consagrou em seu artigo 207 o princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, o que aproxima a universidade e a sociedade, favorecendo na qualidade educacional do ensino superior privado. Assim explica Tauchen:

O conceito de indissociabilidade remete a algo que não existe sem a presença do outro, ou seja, o todo deixa de ser todo quando se dissocia. Alteram-se, portanto, os fundamentos do ensino, da pesquisa e da extensão, por isso trata-se de um princípio paradigmático e epistemologicamente complexo.²²

Para participar das comissões e avaliar uma instituição de ensino superior faz-se necessário ser um avaliador credenciado do MEC, estar inteirado da sua missão institucional, bem como da política de avaliação adotada pelo órgão público, além de entender os indicadores adotados para examinar a qualidade da educação superior daquela instituição. Nessas avaliações as instituições de ensino estão sujeitas a cumprir o que o instrumento do Ministério da Educação juntamente com o INEP determina. Esse instrumento é dividido por três dimensões:

- Dimensão 1: Organização Didático-Pedagógica;
- Dimensão 2: Corpo Docente e Tutorial;
- Dimensão 3: Infraestrutura.

Com base no decreto nº 2.026 de 10 de outubro de 1996, a avaliação deverá ser realizada considerando:

I - A organização didático-pedagógica. II - A adequação das instalações físicas em geral. III – A adequação das instalações especiais, tais como laboratórios, oficinas e outros ambientes indispensáveis à execução do currículo. IV – A qualificação do corpo docente. V – As bibliotecas com atenção para o acervo bibliográfico, inclusive livros e periódicos, regime de funcionamento, modernização dos serviços e adequação ambiental. (BRASIL, 1996).

²⁰ Comissão Própria de Avaliação.

²¹ Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira.

²² TAUCHEN, G. O princípio da indissociabilidade universitária: um olhar transdisciplinar nas atividades de ensino, de pesquisa e de extensão. 2009. Tese (Doutorado em Educação) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009, p. 93.

Dentro de cada dimensão há vários indicadores com critérios de análise que variam o conceito de 1 a 5, sendo 1 a pior nota e 5 a melhor.²³ As avaliações são realizadas pelos avaliadores nas comissões e são compostas por professores, alunos, técnicos administrativos, Procurador Institucional, e os auxiliares institucionais.

Além disso, as IES são notificadas antecipadamente acerca da data que receberão as comissões de avaliação. Assim, as instituições vão em busca de documentos e materiais que comprovem cada um dos indicadores solicitados, sempre almejando a nota 5.

Partindo dessa premissa, verifica-se que o processo de avaliação é complexo, necessita de objetividade, mas também de subjetividade por quem realiza a avaliação (as comissões) e pelos responsáveis pela elaboração dos inúmeros documentos e instrumentos necessários.

Ante o exposto, cumpre-se ressaltar que o *compliance* ganhou notoriedade no mercado em todas as áreas de atuação, visto a necessidade de se estar em integridade e conformidade, bem como por ser sua aplicabilidade um diferencial competitivo para as corporações. Além do que dentro de uma instituição a pesquisa acadêmica, as atividades internas e as atividades relacionadas a comunidade são importantes, a ética, a conduta e a integridade também devem ser lembradas e ovacionadas.

No ensino superior, segmento altamente regulado, o *compliance* passou a ser visto como um grande aliado. Assim fundamenta Paula (2018, s.p):

Com a criação da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13) a existência de um programa de *compliance* se tornou um atenuante. Ocorre que o ensino superior privado, enquanto nível educacional regulamentado pelo MEC, também está sujeito às regras desta lei e, pior, ainda mais regras que são criadas por resoluções, portarias, instruções normativas, etc., que tornam este segmento econômico um dos mais regulados do país.

Dessa forma, tendo em vista que o setor educacional privado é um dos mercados mais regulados no Brasil, considerar o *compliance*, é uma linha estratégica para operacionalizar as IES para que preservem sua integridade e conformidade corporativas.

A implementação desse programa nas instituições de ensino possui algumas especificidades “tratamento de conflitos de interesse; identificação do risco de *compliance* setorial; planejamento de políticas e procedimentos; e auditoria legal, regulatória e acadêmica” (SILVA e COVAC, 2015, p. 24).

²³ Fonte: MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Instrumento de avaliação de cursos de graduação. Brasília: MEC/INEP, 2017.

Assim, pode-se afirmar que o *compliance* no âmbito educacional proporciona às instituições uma maior credibilidade perante seus parceiros e consumidores, e, perante a comunidade acadêmica e aos órgãos públicos de avaliação.

Nesse sentido, ao pensar em *compliance* é necessário antes compreender o sistema de funcionamento da instituição de ensino superior. Compreende-se por teoria geral dos sistemas como “um corpo de conhecimentos que visa identificar propriedades, princípios, leis e características de todos os sistemas, a fim de criar modelos aplicáveis a todas as áreas do conhecimento humano^{24 25}”.

Silva e Covac citam como exemplo de visão sistêmica na IES quando há divulgação ou veiculação de anúncios de mensalidade, em que há a necessidade do departamento de marketing da instituição saiba detalhadamente sobre política de ajustes de anuidades e semestralidades, bem como estar por dentro dos impactos que uma propaganda equivocada possa causar. Diante disso, o departamento de marketing só poderá atuar de forma precisa e zelosa quando adotar uma visão sistêmica como política institucional.²⁶

Para o *compliance*, ter pensamento sistêmico é o início de todos os outros procedimentos. Portanto, há de se considerar que uma instituição de ensino que possua visão sistêmica, torna-se uma excelente forma de estratégia para o *compliance*.

Diante dessa conjectura, ao falar do programa de *compliance* nas IES é importante ressaltar que não há nenhum regulamento ou norma em vigor que dispõe acerca de como deve ser a estrutura organizacional do programa dentro das instituições de ensino.

De qualquer modo, o Banco Central e o Código de Boas Práticas recomendam que o *compliance* seja independente e tenha um canal direto de comunicação com a alta administração da IES.

Para que haja a implementação do *compliance* é necessário que haja um *compliance officer*, e essa função pode ser exercida pelo procurador institucional, que já exerce atividades voltadas à avaliação, regulação e aprovação. O procurador institucional tem como funções, entre tantas outras, manter atualizados os dados dos professores e dirigentes da IES no sistema e-MEC, inserir relatório de autoavaliação no e-MEC, atualizar os cursos de

²⁴ NASCIMENTO, A.M.; REGINATO, L. Controladoria: um enfoque na eficácia organizacional. 1.ed. São Paulo: Atlas. 2009, p. 20.

²⁵ Sobre a educação humanista, *vide* VEIGA, Fábio da Silva; COSTA, Vivian Rodrigues Madeira da. “O ensino fraternal e humanista como pressuposto democrático e a efetiva integração dos direitos humanos na agenda educacional até 2030”, in: *Revista de Direitos Humanos e Democracia*, vol. 8, n. 15, 2020, p. 12-23. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2020.15.12-23>. Acesso em 13 jun 2023.

²⁶ SILVA, Daniel Cavalcante; COVAC, José Roberto. Compliance como boa prática de gestão no ensino superior privado. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

graduação de acordo com a DCN vigente, atualizar o Plano de Desenvolvimento Institucional e o Projeto Pedagógico do Curso e acompanhar os processos no e-MEC.

Assim, o setor de *compliance* deve estar em conformidade com as demais políticas institucionais, tendo como objetivo de orientar os profissionais da IES quanto aos controles externos e internos, a fim de melhorar os parâmetros da instituição perante a sociedade e ao mercado, com ética e transparência de informações, mitigando riscos e aumentando a segurança de crescimento.

Considerações Finais

Diante do objetivo proposto, buscou-se demonstrar a necessidade e a importância do *compliance* estar inserido no ambiente organizacional das instituições de ensino superior, isso porque as Instituições de Ensino Superior (IES) já cumprem normas que exigem uma boa estrutura administrativa para serem cumpridas, e o programa de *compliance* irá contribuir no gerenciamento de gestão de riscos e nos processos de tomada de decisão.

Além disso, as IES precisam ter uma visão sistêmica, isso significa compreender todas as áreas de atuação e a ligação entre elas, principalmente por estarem constantemente expostas a ações reguladoras por parte do Ministério da Educação.

O objetivo do trabalho foi trazer as noções básicas e iniciais de um programa de *compliance*, expondo as características e os requisitos, trazendo-o para aplicabilidade nas Instituições de Ensino Superior, abordando as necessidades específicas e a importância de um programa sistêmico bem elaborado.

Sobre o *compliance*, verifica-se que por mais que seja um tema de suma importância, entrando em evidência após alguns casos famosos de corrupção, como a Lava Jato, por exemplo, ainda é um assunto novo e pouco conhecido entre as empresas e instituições.

Importa considerar que um controle interno robusto dentro de uma organização, auxilia e facilita a análise de riscos, de modo a mitigar e prevenir atos e condutas que possam trazer danos, tanto financeiros como institucionais, em relação as IES, inclui-se ainda, o credenciamento e credenciamento em programas do governo, além da compatibilidade com as inúmeras normas reguladoras que se aplicam a natureza da atividade.

Além das regulações impostas pelo MEC, para qualificação e funcionamento de uma IES, são realizadas avaliações constantes pelo SINAES e ENADE, que avaliam a instituição e o desempenho dos estudantes.

Logo, conclui-se que, sendo o setor educacional um dos mercados mais regulados do Brasil, o *compliance* dentro da instituição, é importante para preservar a integridade e a

conformidade corporativa, com foco no tratamento de conflitos de interesse, identificação dos riscos, planejamento de políticas e procedimentos, e ainda, auditoria legal, regulatória e acadêmica.

Neste contexto, entende-se que a implementação de políticas e procedimentos nas instituições de ensino superior para garantia da ética e da integridade é fundamental para evitar situações como fraudes, práticas corruptas, questões de má conduta na pesquisa. Assim, constata-se que o *compliance* no âmbito educacional tornou-se peça relevante na construção de uma aliança de integridade indutora de boas práticas bem conduzidas, transparentes, responsáveis, íntegras, seguras, promissoras, inclusivas, sustentáveis e merecedoras da crença pública. Ademais, proporciona às instituições uma maior credibilidade perante seus parceiros, consumidores, a comunidade acadêmica e aos órgãos públicos de avaliação.

Referências Bibliográficas e Webgráficas

APUB, Sindicato dos Professores das Instituições Federais de Ensino Superior da Bahia. MEC é marcado por escândalo de propina e corrupção com barras de ouro. APUB Sindicato, 2022. Disponível em: <http://apub.org.br/mec-e-marcado-por-escandalo-de-propina-e-corrupcao-com-barras-de-ouro/>. Acesso em: 07 mai 2023.

AZZARI, B; SILVA, A.S.; CHIARELLO, F. Ética e integridade nas instituições de ensino superior: a importância da implementação de programas de compliance nas universidades, in: Revista de Direito Brasileira, vol. 26, n. ° 10, 2020, p. 457-470. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6252>. Acesso em 13 jun. 2023.

BASRI, C.B.i. Corporate compliance. Carolina Academic Press. Edição do Kindle, 2017.

CANDELORO, A.P. RIZZO, M.B.M. PINHO, Vs. Compliance 360º: Riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan, 2012.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.

COUTINHO, A.R.; NETO, A.C.; SILVA, A.B. Direito, compliance e tecnologia. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019.

COVAC, J.R.; FELCA, M.A. Direito educacional: Aspectos práticos e jurídicos. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

DE AZEVEDO, M.M.; CARDOSO, A; A. DARTE, J.R.; FEDERICO, B.E.; LIMA, M.A.F. O compliance e a gestão de riscos nos processos organizacionais. Revista de Pós-Graduação Multidisciplinar, São Paulo, SP, v. 1, n. 1, p. 179-196, 2017

FRAZÃO, A. Programas de compliance e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por ilícitos administrativos. In: ROSSETTI, Maristela Abla; PITTA, Andre Grunspun. Governança corporativa: avanços e retrocessos. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 42.

GONÇALVES, N.G.. Indissociabilidade entre Ensino, Pesquisa e Extensão: um princípio necessário. Florianópolis: PERSPECTIVA, 2015.

- GUIMARÃES, C.C. A responsabilidade penal do compliance officer. 1. ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA (INEP). Censo Escolar, 2010. Brasília: MEC, 2011.
- LEDESMA, T.H.W; RODRIGUES, M.L.B. Implementação do compliance na Fundação Nacional do índio – FUNAI. Revista Jurídica, v. 2, p. 114 – 115. 2016.
- MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Instrumento de avaliação de cursos de graduação. Brasília: MEC/INEP, 2017.
- NASCIMENTO, A.M.; REGINATO, L. Controladoria: um enfoque na eficácia organizacional. 1.ed. São Paulo: Atlas. 2009, p. 20.
- NEVES, Edmo Colnaghi. Compliance empresarial: o tom da liderança. São Paulo: Trevisan Editoria, 2018.
- OLIVA, M.D; SILVA, R.G. Origem e evolução histórica do compliance no direito brasileiro. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- PAULA. G. O ensino superior privado e o compliance educacional na expansão de polos através de parcerias. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/o-ensino-superior-privado-e-compliance-educacional-na-depaula>. Acesso em 04 abr. 2022.
- SILVA, D.C; COVAC, J.R. Compliance como boa prática de gestão no ensino superior privado. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- TAUCHEN, G. O princípio da indissociabilidade universitária: um olhar transdisciplinar nas atividades de ensino, de pesquisa e de extensão. 2009. Tese (Doutorado em Educação) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009, p. 93.
- VEIGA, F.S; Responsabilidade dos administradores de sociedades – especial referência aos pressupostos da insolvência. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2021.
- VEIGA, F.S; COSTA, VR.M.. “O ensino fraternal e humanista como pressuposto democrático e a efetiva integração dos direitos humanos na agenda educacional até 2030”, in: Revista de Direitos Humanos e Democracia, vol. 8, n. 15, 2020, p. 12-23. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2020.15.12-23>. Acesso em 13 jun 2023.

O Impacto da *Blockchain* no Direito Bancário

The Impact of Blockchain in Banking Law

Fábio da Silva Veiga ¹

Sérgio Daniel Martins Estorãos ²

Sumário: Introdução. 1. Noções. 1.1 *Blockchain* 1.2 Contratos Bancários 1.3 *Smart Contracts* 2. Enquadramento Jurídico 2.1 Alterações das Circunstâncias Contratuais. 2.2. Alternativas de Regulamentação. Conclusões.

Resumo: O artigo busca expor as definições básicas das novas tecnologias, particularmente a *Blockchain* na área do Direito Bancário, nomeadamente o seu surgimento no contexto histórico; a natureza destas tecnologias e contratos; as vantagens e desvantagens da sua potencial aplicação; as dificuldades e desafios que constituem para o legislador; uma análise breve de direito e jurisprudência comparada; bem como a doutrina revolvendo à volta dos *Smart Contracts* em particular. A elaboração do artigo foi baseada em bibliografia extensa relativa ao definido e rígido Direito Bancário, tentando posteriormente ilustrar os pontos de interseção entre o mesmo e as novas tecnologias.

Palavras-chave: Direito Bancário; Aplicação da *Blockchain*; *Smart Contracts*; Novas Tecnologias no Direito.

Abstract: The article seeks to expose the basic definitions of new technologies, particularly *Blockchain* applied to Banking Law, namely its emergence in the historical context; the nature of these technologies and contracts; the advantages and disadvantages of its potential application; the difficulties and challenges for the legislator; a brief review of comparative law and jurisprudence; as well as the doctrine revolving around Smart Contracts in particular. The elaboration of the article was based on an extensive bibliography related to the defined and rigid Banking Law, later trying to illustrate the points of intersection between it and the new technologies.

Keywords: Banking Law; *Blockchain* Applications; Smart Contracts; New Technologies in Law.

Introdução

Fruto da revolução digital pela qual vivemos, será fácil pensar a digitalização e a tecnologia destas novas fronteiras como um mundo completamente novo e excitante, largando ao mesmo tempo mão da noção que a contratação à distância é tão antiga quanto o advento da *internet*.

¹ Professor de Direito Empresarial da Universidade Lusófona – Centro Universitário do Porto, Portugal. Doutorado em Direito Empresarial pela Universidade de Vigo (Espanha). Investigador do CEAD – Francisco Suárez. E-mail fabio.veiga@ulusofona.pt

² Mestrando em Ciências Jurídico-Empossariiais na Universidade Lusófona – Centro Universitário do Porto, email sergiodaniel1.sd@gmail.com

Tendo os mercados *online* já algum tempo para amadurecer, com várias normas em vigor especificamente designadas para litígios resultantes de contratos *online*, não deixa de ser um facto que estamos neste momento num período de inovação tecnológica com novas estruturas tecno-financeiras que não se assemelha a qualquer período anterior, uma verdadeira amálgama entre um dos setores mais burocráticos e estritamente regulados do ordenamento jurídico português e um advento tecnológico que poderá revolucionar a maneira como o pensamos completamente.

1. Noções

1.1. Da Blockchain

Uma plataforma *Blockchain* consiste numa base de dados descentralizada e distribuída, fundamentada na ideia de uma rede P2P (*peer to peer*) que regista todos os seus dados e alterações numa rede de vários computadores, conhecidos como *nodes*, de forma permanente e inalterável.

Numa rede P2P, os computadores comunicam diretamente entre si em vez de se recorrerem a pedir informações de um servidor central que monopoliza todos os dados da rede e funciona como uma autoridade central pois só há um canal de informação que poderá facilmente ser defraudado, alterado ou até mesmo extinto.³

Em termos simplistas, a *Blockchain* é uma cadeia de blocos, cada um contendo um registo relativo a um bem (material ou imaterial) e as anteriores alterações. Quando um novo registo ou transação é feita relativa a esse bem, é adicionada ao bloco uma nova remissão para um bloco que terá a alteração "candidata".

Uma das principais funções dos *nodes* é validar estas novas transações e adicioná-las à *Blockchain*. Esse processo, conhecido como *mining*, envolve *nodes* que trabalham para resolver um problema matemático complexo para validar um bloco e adicioná-lo à cadeia.

Os *nodes* desempenham, portanto, um papel de manutenção e segurança da rede. Eles ajudam a garantir a integridade da *Blockchain*, verificando se as alterações contidas em cada bloco são válidas e não foram adulteradas. Se um *node* detetar uma transação ou bloco inválido, esse bloco será rejeitado e impedido de ser adicionado à cadeia.

Além disso, os *nodes* armazenam uma cópia da totalidade da *Blockchain*, o que permite que participem do processo de verificação e validação de novos registos e blocos. Ao armazenar e atualizar uma cópia da *Blockchain*, os *nodes* ajudam a garantir que a rede seja descentralizada e que nenhuma entidade singular tenha controlo sobre a mesma.

³ <https://www.ibm.com/topics/what-is-blockchain> consultado a 5/2/2023

Depois de um bloco ser adicionado à cadeia, ele é permanente e inalterável, uma vez que cada bloco contém uma chave identificadora atingida através de uma complexa equação matemática, chamada *hash*, que é gerada com base no conteúdo do bloco e no *hash* do bloco anterior. Se qualquer parte de um bloco for alterada, o *hash* desse bloco também será alterado, tornando imediatamente aparente quando o bloco foi fraudulentamente alterado após uma simples verificação através da equação usada.

A natureza descentralizada da *Blockchain* significa que ela não é controlada por nenhuma entidade única, tornando-a resistente à adulteração e censura, o que a faz ser uma maneira segura e transparente de registrar e verificar transações.

1.2 Dos Contratos Bancários

Os contratos bancários como *nomen iuris* são relativamente recentes, quando comparados com as demais modalidades de contratos existentes no ramo do Direito Civil desde a sua gênese.

O primeiro conceito de bancos tem as suas origens em tempos ancestrais, com uma longa história. A existência dos primeiros bancos é atribuída às civilizações fenícias e romana e, originalmente, foram desenvolvidos como conceito paralelamente ao surgimento e popularização da moeda de troca.

Tratavam-se de meras instituições que se encarregavam de guardar e emprestar moeda, apesar de longe dos sistemas de reserva fracionária empregues com o advento dos bancos modernos, em civilizações antigas, os bancos eram geralmente operados por instituições religiosas ou templos, e empréstimos eram realizados a indivíduos reputados ou empresas que se empregassem na área de agricultura ou comércio.

À medida que as sociedades se tornaram mais complexas e o comércio se expandiu, surgiu a necessidade de introduzir instrumentos fiscais mais sofisticados nas relações bancárias, como letras e livranças, notas de crédito e outros instrumentos usados para facilitar a troca e comércio, permitindo às empresas que emprestassem dinheiro e recebessem pagamento e serviços sem necessitar de haver uma troca em moeda física.

Com a era bancária moderna nos séculos XIX e XX, o conceito de contrato bancário tornou-se positivado e regularizado, podendo ser distinguidos como contratos bilaterais, geralmente de adesão, temporários (como no caso de um empréstimo) ou de tempo indeterminado (como a abertura de uma caderneta de poupança) que regem todas as operações do banco no âmbito das suas atividades financeiras com o cliente.

Nos anos recentes, o uso de serviços de banca eletrônica e *online* têm-se vindo a popularizar e como tal foram desenvolvidos novos tipos de contratos bancários, como os contratos de contas *online* (como é o exemplo dos serviços *PayPal*) e métodos de transferência de fundos eletrônicos

O passo que se avizinha é a implementação da *Blockchain* nos contratos bancários tradicionais, tema central desta análise. Os *smart contracts* em específico são uma tecnologia ainda muito recente, existe uma certa incerteza e medo relativamente à implementação dos mesmos, tanto por potenciais clientes como por instituições bancárias, uma vez que existem várias possíveis querelas legais e doutrinárias possivelmente levantadas quanto à sua implementação.

1.3 Dos Smart Contracts

Os contratos inteligentes, conhecidos como *smart contracts*, são programas de computador que automatizam o cumprimento de acordos. Apesar de terem a sua previsão inicial nos anos 90 “*um contrato inteligente é um conjunto de promessas, especificadas em formato digital, incluindo protocolos nos quais as partes cumprem essas promessas*”⁴, na altura da conceção deste conceito, a vertente tecnológica não se encontrava ainda suficientemente desenvolvida para estes serem verdadeiramente autoexecutáveis.

Na conceção moderna do termo relevante para a presente análise, os *smart contracts* são executados através de uma plataforma *Blockchain*, o que como previamente discutido, tem o benefício de os tornar transparentes e imutáveis.

Os *smart contracts* permitem que as partes envolvidas por um acordo estabeleçam regras e penalidades claras, sem a necessidade de partes intermédias, isto é, uma espécie de “*do it yourself*” jurídico.

Por exemplo, fazendo uma série de escolhas através de um clique, contraentes de *smart contracts* podem escolher as especificidades das cláusulas a que se vinculam com informação concreta num resumo disponível para ambas as partes, com total transparência.

Alguns exemplos prementes para o setor bancário incluem:

- A possibilidade de pagamentos automatizados, nomeadamente garantir através da programação do *smart contract* que pagamentos recorrentes respetivos aos contratos celebrados (por exemplo um contrato de mútuo) é feito automaticamente e em total acordo com as regras estabelecidas.

⁴ SZABO, N (1996). Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets
http://www.alamut.com/subj/economics/nick_szabo/smartContracts.html consultado a 5/2/2023

- O processo de abertura de contas e identificação de clientes, um dos processos mais demorados pendentes de aprovação das instituições bancárias, quando pensado num prisma de *smart contracts* têm diversas vantagens para além da automatização do processo. Através da funcionalidade nativa de encriptação e medidas antifraude das plataformas *Blockchain* existe a possibilidade de um compartilhamento seguro de dados de identidade entre entidades financeiras e serviços, bem como a redução de riscos de lavagem de dinheiro ou financiamento de atividade criminosa.

- Serviços de arresto: os *smart contracts* podem ser usados para manter fundos e bens arrestados com segurança e transparência, libertando-os automaticamente somente quando certas condições forem atendidas, como a conclusão de uma transação ou o cumprimento de um contrato.

- Quanto às garantias de crédito, os *smart contracts* podem ser usados para automatizar o processo, permitindo que os bancos aceitem garantias digitais (nomeadamente criptomoedas), como colaterais. Isso pode aumentar a acessibilidade do crédito para algumas pessoas.

Além disso, os *smart contracts* também podem ser usados para criar aplicações e programas descentralizados, por natureza, independentes de autoridades centrais. Isso pode ser especialmente útil na área bancária, em operações financeiras sem a necessidade de intermediários ou reguladores de transações. Exemplos incluem aplicações como a *Uniswap*, *Aave* e *Compound*.

É importante reiterar que os *smart contracts* ainda são tecnologias emergentes e podem enfrentar desafios regulatórios e de segurança. Além disso, a falta de padrões comuns e regulamentação prontamente aplicável pode dificultar a interoperabilidade entre diferentes plataformas a tentar adotar esta tecnologia. Tal não significa que não existam enquadramentos ou bases legais nos quais os *smart contracts* se possam alicerçar.

De facto, seguindo uma linha de pensamento não-ortodoxa os *smart contracts* são o próximo ideal das *vending machines*, máquinas de venda automáticas nas quais tipicamente se introduz dinheiro e se recebe em troca um bem ou comodidade dentro de um ambiente controlado.

Estas máquinas de venda automáticas, numa perspetiva jurídica, estão a funcionar como uma plataforma inteligente que dispõe no seu código programado toda a pletera de opções aceitáveis para a contração bilateral de um contrato de compra e venda entre o seu utilizador e a empresa que as põe à disposição do público.

Estando reguladas pelo DL n.º 24/2014, referente aos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial, vemos aqui uma oferta de venda de bens e produtos por parte da empresa de maneira remota e é verificada a aceitação expressa contratual do comprador a partir do momento em que insere o dinheiro e recebe como contrapartida o seu produto de imediato.

Isto é um exemplo perfeito de um *smart contract* que, apesar de a um nível muito mais simplista, é automatizado e autoexequível, sem intermédio humano necessário, não obstante o reabastecimento dos bens disponíveis no ambiente controlado, uma vez que desde o momento em que os termos do acordo são codificados, ele é executado automaticamente quando as condições especificadas do contrato são atendidas.

Facto demonstrado que não é condição *sine qua non* a intervenção de tecnologias *Blockchain* para serem enquadrados negócios jurídicos na definição infra apresentada, não deixará esta análise de se focar maioritariamente nas possibilidades surgentes das novas tecnologias.

Sendo assim e podendo confortavelmente ultrapassar a preconceção de que os *smart contracts* e a *Blockchain* são conceitos ambíguos, chegamos ao invés à conclusão de que são conceitos simbióticos, isto é, os *smart contracts* satisfazem a necessidade de rapidez, disponibilidade e diversificação das modalidades de compra e venda e a plataforma *Blockchain* supre a necessidade que o consumidor tem de assumir confiança e garantia nestas transações de valores exclusivamente eletrónicas.

A relação simbiótica destas duas modalidades dá origem a relações jurídicas dotadas de características próprias, passando aqui a esclarecer⁵:

1. **Natureza Puramente Eletrónica:** Os *smart contracts* inseridos neste contexto, existem num formato puramente eletrónico e relacionam-se a ativos digitais que estejam registados numa rede *Blockchain*. Por este motivo contratos inteligentes exigem o uso de assinaturas digitais eletrónicas, que são avançadas e criptografadas, reguladas em legislação já disponível.⁶

2. **Implementado em Software:** o código serve como lei e termos contratuais, manifestados em *software* de computador. Pelo princípio da liberdade contratual, os contratos inteligentes têm uma natureza dupla na lei, servindo tanto como um documento regulador

⁵ SAVELYEV, Alexander (2016), “Contract Law 2.0 «SMART» CONTRACTS AS THE BEGINNING OF THE END OF CLASSIC CONTRACT LAW, p. 12.

⁶ Decreto-Lei n.º 12/2021, de 9 de fevereiro relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno.

das vontades das partes nas relações contratuais, como verdadeiros orientadores legais do que poderá figurar ou não como matéria do contrato.

3. **Certezas Adicionais:** *Smart contracts* expressam termos em linguagem de computador, tornando-os precisos e reduzindo a ambiguidade em comparação com os formatos de contratos tradicionais interpretados por humanos. Não há uma figura externa ou uma querela doutrinal sobre que palavras significam quais coisas uma vez que tal significado está embutido no próprio funcionamento do programa e é apenas explicado com linguagem corrente nos termos do contrato para as partes.

4. **Natureza Condicional:** Sendo escritos em código de computador usando declarações condicionais "se x evento, então y consequência", são semelhantes aos termos e condições contratuais. A execução de um contrato é como executar uma circunstância por meio de uma declaração condicional. Na Rússia, os *smart contracts* podem ser classificados como uma "transação condicional" se todos os termos estiverem condicionados a um evento, ou um contrato com uma obrigação condicional, em que a execução de alguns termos está condicionada a eventos.

5. **Autoexecutabilidade:** Os contratos inteligentes são autoexecutáveis e surtem efeitos obrigatórios e verificados pelo computador mediante a conclusão do contrato, eliminando a possibilidade de erro humano ou discricção.

6. **Autossuficiência:** Os contratos inteligentes não exigem instituições legais ou agências de execução e têm suas próprias regras além dos limites das leis tradicionais. Essa autossuficiência é importante nas transações transfronteiriças, pois elimina as barreiras de diferenças de idioma, leis nacionais e interpretação e aplica as mesmas regras globalmente em termos claros.

Com base nas características acima, e em poucas palavras, nos termos infra definidos é possível definir o *smart contract* como um código de *software* implementado numa plataforma *Blockchain*, que garante autoexecução e natureza autónoma baseada em condições ante definidas e aplicados a títulos de ativos digitais dentro da *Blockchain*.

Apesar de toda esta facilitação referente a “autoexequibilidade” e “transparência”, seria ingénuo acreditar que a adoção disseminada de tecnologia de *smart contracts* acabaria com os incumprimentos e moras.

Afigura-se que mesmo tendo as vantagens de cortar intermédios, a comodidade, rapidez e transparência postuladas neste formato inovador, haverão na mesma incumprimentos, moras ou impossibilidades surgidas das circunstâncias quotidianos e

impedimentos ou imprevistos pessoais, pelo que se suscita a questão da força obrigacional destes contratos.

Sendo os contratos elaborados na *Blockchain* dotados de uma força reforçada relativa à plataforma indefraudável, transparente e segura será talvez pertinente discutir a aplicação de uma presunção de legalidade destes contratos no futuro, podendo servir *per si* de título executivo para verem cumpridos os seus efeitos.

Barrando tal discussão, haverá sempre o método tradicional de recorrer aos meios tradicionais ou alternativos de resolução de litígios, isto presumindo a aceitação e legalidade implícita dos *smart contracts* dotados de força jurídica no ordenamento jurídico português.

2. Do Enquadramento Jurídico

A maior questão que se prende relativamente aos *smart contracts* no setor bancário envolvem a sua legalidade, isto é, se os *smart contracts*, no regime jurídico atual reúnem em si todos os requisitos legais para surtirem uma verdadeira vinculação legal das partes sem darem aso a vícios de forma, vontade ou substância.

Para responder a tal questão temos de nos voltar para o CC; o CPC; o DL n.º 7/2004⁷ e o regime das Cláusulas Contratuais Gerais (DL n.º 446/85).

Num primeiro momento, atendendo ao art.º 25 do DL n.º 7/2004, sabemos que vigora o princípio da liberdade contratual com as exceções objetivas de matéria de litígio postulados no n.º2 do mesmo, temos fixada a regra geral que a celebração de contratos por via eletrónica não afeta a sua validade ou eficácia.

Neste seguimento temos o art.º 26 do mesmo que nos diz que “*As declarações emitidas por via eletrónica satisfazem a exigência legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação*”, o que oferece um certo grau de ambiguidade na interpretação do que se considera um suporte que ofereça as garantias de fidedignidade, mas estando suportando-nos nas características-base das plataformas *Blockchain* deverá ser admitido como fidedigno e em perfeito estado de conservação.

Resta fazerem-se cumprir os tramites estabelecidos no regime da CCG e do regulamento eIDAS referente às assinaturas digitais, nomeadamente as cláusulas proibidas pelos art.º 18, 19, 20 e 21 do primeiro e o dever de informação postulado no art.º 6.

Será discutível o cumprimento do dever de informação do art.º 6 aquando de uma imaginação realística do processamento de um *smart contract*, uma vez que apesar de toda a informação relativa ao negócio estar prontamente disposta, não existe uma verdadeira

⁷ Sobre o comércio eletrónico e o tratamento de dados pessoais.

verificação ou explicação do conteúdo legalista em linguagem corrente pela entidade bancária, o que parece ir contra o entendimento teleológico maioritário desta norma.

De qualquer forma, enquanto a jurisprudência e a doutrina não se pronunciam definitivamente relativamente a estes aspetos e enquanto a aplicação destas tecnologias vai amadurecendo, esta realidade encontra-se numa verdadeira “zona cinzenta” na qual se podem realisticamente cumprir os tramites processuais que lhe são acometidos pela legislação corrente, mesmo que não de maneira total.

Assim, quando consideramos os *smart contracts* na sua veste de mero acordo de vontades pré-estabelecido no momento da sua criação, mesmo em casos de contrato de adesão como são a maioria dos contratos bancários, eles parecem ser válidos sob a lei portuguesa.

Noutras palavras, a expressão de vontades entre uma parte e outra através de linguagem de computação não será *per se* impedida. No entanto, ainda há a necessidade de regulamentação específica para este novo modelo de contratação, o que discutiremos mais tarde.

Se os *smart contracts*, por um lado são revestidos de benefícios para os seus contraentes, têm também as suas desvantagens, especificamente a problemática da renegociação, interrupção ou cessação dos termos de um contrato, direito contratual que assiste legalmente todas os cidadãos envolvidos no ordenamento jurídico português.

Numa plataforma *Blockchain* a cessação ou restituição de ativos digitalmente disponíveis demandaria uma transação de correção efetuada pelas partes, uma vez que pela própria natureza da *Blockchain* esta é descentralizada, não se afigura a existência de uma entidade central que poderá forçosamente interferir, corrigir ou anular blocos da cadeia pela sua autoridade.

Será importante encontrar uma solução para lidar com a inalterabilidade de contratos inteligentes em caso de mudanças nas circunstâncias. Quando a disparidade se torna tão evidente que é necessário modificar ou até mesmo resolver o contrato, o cumprimento pela parte prejudicada torna-se claramente injusto.

Neste sentido, o objetivo é investigar se é possível e como as partes podem ser protegidas em caso de mudanças supervenientes nas circunstâncias de *Smart Contracts*, considerando que a confiança na realização da obrigação é garantida pela sua imutabilidade.

2.1 Da Alteração de Circunstâncias Contratuais

A alteração das circunstâncias surgiu de um confronto dialético entre os princípios da boa-fé e da autonomia privada, ocorrendo porque, por um lado, o princípio da autonomia privada refere-se ao cumprimento rigoroso do contrato celebrado dentro de uma margem de liberdade, enquanto, por outro lado, o princípio da boa-fé considera ilegítima a cobrança de uma prestação que se torna claramente prejudicial para uma das partes.

Em Portugal este instituto, previsto no art.º 437 com a epígrafe “Condições de Admissibilidade” postula 5 requisitos para a sua aplicação: as circunstâncias relevantes sem quais as partes não teriam participado no contrato; a alteração anormal das circunstâncias de caráter extraordinário, superveniente e grave; uma das partes lesada, ou seja deve ser causado um dano considerável na esfera jurídica das partes; a nova circunstância terá de postular uma afetação grave ao princípio da boa-fé e os “*os limites relativos ao equilíbrio das prestações no contrato se encontram ultrapassados*”⁸; bem como a não cobertura pelos riscos próprios do contrato.

Se estas condições legais forem atendidas e considerando os artsº 437 e 438 do CC, a parte prejudicada tem o direito de ajustar as relações iniciais em base à equidade ou até mesmo solicitar a dissolução do vínculo obrigatório.

É fundamental que a manutenção do acordo cause, além de um excesso de despesa para uma das partes, uma lesão grave ao princípio da boa-fé, deve ultrapassar os riscos inerentes ao contrato, ou seja, o risco deve ser maior do que o envolvido na contratação original.

As partes podem acordar numa reconvenção contratual fora do processo judicial ou por meio de uma transação. Se não houver acordo, uma das partes pode intentar uma ação judicial contra a parte contrária.

Ora tais noções de onerosidade excessiva, mutabilidade das cláusulas contratuais e reajuste de circunstâncias supervenientes, bem como a impossibilidade relativa são conceitos que não mesclam satisfatoriamente com a característica de imutabilidade da plataforma *Blockchain*.

Torna-se problemático o facto de que as condições de aplicação dos *smart contracts* são automaticamente verificados e programados no contrato em si, os programas que codificam e executam a vontade das partes têm acesso apenas às informações ali contidas e não conseguem fazer juízos de valor relativamente ao que constitui boa-fé ou um encargo “excessivamente lesivo” dos interesses de uma das partes.

Também se afigura que seria impossível programar mesmo o computador mais avançado do mundo com um algoritmo de avaliação destes conceitos que retornaria e

⁸ LEITÃO, L.M.T.M. (2016). Direito das Obrigações. Ed. Almedina. Vol. 2, p. 130

avaliaria valores e começava processos para restaurar a situação anterior ao contrato baseados em princípios de boa-fé e proteção da parte mais vulnerável, mas este remédio não parece ser suficiente uma vez que as cláusulas informatizadas permaneceriam imutáveis.

A solução poderá passar por sistemas de “Oráculo”⁹, empresas terceiras imparciais e privadas a quem é concedida uma chave privada e específica escolhidas pelas partes que fornece as informações por eles assinadas e tidas como verdadeiras, traduzindo-as para linguagem objetiva e computacional nos tramites necessários, reduzindo porém também a escrito os trâmites e entendimentos processuais acordada entre as partes de todos os princípios que não podem ser objetivamente reduzidos, formulando desta forma um *smart contract* híbrido, com uma vertente “executiva” totalmente digital e uma espécie de aditamento por escrito nos quais as partes se comprometem a este ou aquele comportamento nos casos de alterações das circunstâncias escritas.

Os “Oráculos”, assim como qualquer outro sistema, não são perfeitos. Limitam-se a coleccionar informações de fontes externas e de seguida, codificam e encriptam estas vontades para a *Blockchain*, mas podem surgir problemas durante o processo, dependendo do tipo de informação necessária. Quando se tratam de factos que podem ser interpretados, é improvável que eles sejam passíveis de serem transmitidos a uma linguagem criptográfica.

Nesses casos, as partes precisam de criar a sua própria fonte, o que requer alguma infraestrutura jurídica prévia. Mesmo quando se trata de fatos incontestáveis e conhecidos publicamente, que teoricamente são mais fáceis de garantir, pode haver diferenças de dados, dependendo da fonte utilizada. Para evitar possíveis conflitos futuros, os negociantes precisam chegar a um acordo sobre a fonte a ser usada no contrato.

Podendo-se afigurar, com o tempo, uma situação similar a um clausulado similar à “convenção de arbitragem” na qual as partes inseridas, nomeadamente numa relação jurídica de cariz comercial internacional podem escolher remeter qualquer litígio emergente do contrato que assinam para um tribunal arbitral já formado, com entendimentos e jurisprudência consolidados.

Numa palavra, é importante lembrar que, assim como algumas obrigações apresentam desafios na codificação em linguagem informática, o mesmo ocorre com fatos que ocorrem fora da *Blockchain*, que nem sempre podem ser capturados com dados de programação ou observados de forma objetiva.

⁹ SILVEIRA, J.F. “O Oráculo como elo entre a Jurisdição e os Smart Contracts” <https://revistas.ponteditora.org/index.php/j2/article/view/620/440> consultado a 6/2/2023

Um dos serviços de oráculo mais promissores é o *ChainLink*¹⁰, com a função de conectar instantaneamente *smart contracts* com plataformas *Blockchain* a dados, eventos e sistemas de pagamento do mundo real. O objetivo do *Chainlink* é fornecer uma maneira segura e confiável para contratos inteligentes acederem a dados externos, uma espécie de camada de segurança, permitindo que sejam executados automaticamente quando condições específicas forem atendidas.

Os *smart contracts* na *Blockchain* só conhecem aquilo que lhes for “alimentado” em termos de dados exteriores, a *Blockchain* é uma mera base de dados altamente tecnológica. Os nodes da plataforma *Chainlink*, executados por operadores independentes, atuam como intermediários para verificar os dados necessários de fontes externas e devolvê-los ao contrato inteligente de maneira segura, executando uma série de medidas de segurança para garantir que os dados retornados sejam precisos e invioláveis.

O desafio que se afigura deste sistema de “Oráculos” que se está a desenvolver postula-se no facto de que nestes casos específicos, os *smart contracts* perdem uma das suas características-base, relativas à intervenção de terceiros, existindo dificuldades em dispensar o pressuposto da confiança dos dados de uma rede *Blockchain* para uma terceira parte que estabelece a ligação entre um ativo digital e um ativo físico, o que pode torná-los ainda mais complicados. O uso de “oráculos”, que são mais avançados em termos de descentralização, é uma melhoria significativa em comparação com as soluções totalmente centralizadas atualmente disponíveis, mais ainda passíveis de melhoria nos aspetos infra referidos.

2.2 Alternativas de Regulamentação

Como já dito, a presente análise contrasta o abismo entre o direito de um dos setores mais estritamente regulados e passíveis de processos burocráticos e validações; e as novas realidades tecnológicas, considerando-se que a evolução destes dois ocorre em velocidades distintas.

No caso especial dos *smart contracts*, apesar de *a priori* os termos terem sido analisados a validade jurídica de cláusulas criptografadas, é uma questão diferente quando ponderamos o grande entrave que representa o desconhecimento dos juízes da linguagem e funcionamento da computação, fazendo com que o juiz esteja totalmente dependente de uma perícia técnica para compreender o contrato.

Algumas destas demandas são nomeadamente o anonimato dentro de uma *Blockchain*, apesar de ser armazenada em registo público, os dados pessoais dos intervenientes de *smart*

¹⁰ Website: <https://chain.link/>.

contracts nesta plataforma vêm a sua identidade totalmente protegida, sendo até possível concluir transações sem se conhecer a outra parte.

O que isto postula para o setor de contratos bancários são problemas de, nomeadamente, demonstração de vontade expressa de uma pessoa, com os seus bens ligados à identidade criptográfica não sendo verificável se esta será a mesma identidade de um sujeito real que se autointitula titular da mesma.

Há também a preocupação em relação à intenção das partes em criar uma relação legal através de *smart contracts*, já que pode haver a intenção de recorrer a sistemas regulatórios alternativos ao invés do direito contratual tradicional. Por outro lado, pode-se argumentar que o objetivo é justamente criar um vínculo jurídico, com resultados semelhantes aos contratos tradicionais regulados pela lei contratual clássica.

Para o autor SAVELYEV, apesar de apelativas as possibilidades de anonimato, segurança e privacidade oferecidas por estes contratos, no contexto de aplicação para uso bancário (ou mesmo contratos em geral), a ideia de fazer contratações através de *smart contracts* passa justamente por buscar soluções alternativas de regulamentação, sem a necessidade de intermediação de tribunais ou advogados, uma vez que essa rapidez é o ponto fulcral de atração a estes contratos. No entanto, isso não impede que haja uma relação jurídica válida que legitime a intenção das partes em contratar.¹¹

Uma outra complicação a ser destacada, relacionada com o inframencionado anonimato é relativa à capacidade das partes, pela natureza virtual destas plataformas, qualquer indivíduo, com ou sem capacidade teria a possibilidade de abrir uma conta, ainda que não possua capacidade de exercício para se vincular em contratos deste calibre.

Relativamente à atual situação de regulamento de *smart contracts* e *Blockchain*, Portugal ainda não tem um regulamento específico próprio nem qualquer projeto atual que venha por uma resolução em todo este conflito dialético entre o ideal funcionamento dos *smart contracts* e os obstáculos impeditivos da realidade jurídica diária.

Entretanto, na Malta, existe uma colaboração coletiva entre o governo e os *lobbyists* da tecnologia *Blockchain*, fruto do qual se passaram já três atos legislativos conjuntos para o efeito: *Malta Digital Innovation Authority Act (MDIA)*; o *Innovate Technolog Arrangements and Services Act* e o *Virtual Financial Assets Act*, com o intuito de regular e promover o uso de tecnologias digitais, incluindo *Blockchain* e criptomoedas.

A Lei MDIA estabelece a Autoridade de Inovação Digital de Malta como a autoridade reguladora responsável por supervisionar a implementação da estratégia de

¹¹ SAVELYEV, Alexander (2016). Op. cit. p. 11.

inovação digital de Malta, garantindo a proteção de consumidores e investidores e promovendo Malta como um centro de inovação digital. A lei estabelece os poderes e responsabilidades desta Autoridade e estabelece uma estrutura para o registo e certificação de provedores de serviços de tecnologia que operam em Malta.¹²

Também o Liechtenstein, em maio de 2019 adotou a *Tokens and Trustworthy Technology Service Providers* (TVTG), também conhecida como o *Blockchain Act*, uma lei feita para criar uma economia regulada por *tokens*¹³. Com o uso ativo da *Blockchain* em Liechtenstein, o governo quer estabelecer requisitos adequados para atividades nestes sistemas, garantindo maior segurança jurídica e o crescimento da tecnologia.

Tem-se notado desde 2018 a intenção dos altos cargos da União e Comissão Europeias de orientarem o continente europeu para o uso em massa destas tecnologias nos ordenamentos jurídicos de todos os serviços públicos, fundamentando a *European Blockchain Partnership*¹⁴, com foco principal na segurança jurídica das trocas de criptomoedas e a utilização da *Blockchain*, sendo ainda uma legislação bastante básica quando consideradas todas as possibilidades e dificuldades supra ilustradas.

Não obstante, a Comissão Europeia acredita que a unificação das abordagens dos Estados-Membros pode ser alcançada através de uma estrita colaboração entre eles, resultando em uma implementação mais ampla dos serviços potenciais baseados na *Blockchain* e vinculando-se ao objetivo de regulamentar e potencializar as tecnologias *Blockchain* o máximo possível.¹⁵

Numa palavra, a potencial regulação compreensiva num único diploma consolidado do uso de *smart contracts* parece uma realidade distante para Portugal, o que não significa que serão estes considerados manifestamente inválidos.

Como infra explicitado poderá tal situação “cinzenta” regulatória das realidades *Blockchain* originar melhores práticas internas nas entidades bancárias (similarmente ao *compliance* das empresas).

Deverá ser responsabilidade mediata dos bancos e dos interessados a diligenciar para descobrir as melhores soluções e novas soluções tecnológicas (como os “Oráculos”) para os

¹² Blockchain & Cryptocurrency Regulation 2019. Malta. Acedido em 8/2/2023 de <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/malta>.

¹³ No contexto da blockchain, tokens são ativos digitais usados como meio de troca dentro de uma rede blockchain. Os tokens podem representar coisas diferentes, como moeda, ativos ou quaisquer outros créditos e direitos.

¹⁴ YAKUBOWSKI, Max (2018). Europe Takes Serious Steps Toward Blockchain Adoption. Coin Telegraph. <https://coingeography.com/news/europe-takes-serious-steps-towardsblockchain-adoption>. Acedido a 8/2/2023

¹⁵ YAKUBOWSKI, Max (2018), *idem*

problemas que daqui surgem, aproveitando tanto quanto possível as potencialidades e facilidades advindas deste novo paradigma tecnológico, conquanto operando dentro das regras contratuais tradicionais.

Conclusões

Na opinião dos autores, o uso de *smart contracts* e tecnologia *Blockchain* no setor bancário tem o potencial de revolucionar a forma como as transações financeiras são realizadas. Disposto da capacidade de automatizar processos, aumentar a transparência e segurança e reduzir custos, não é surpreendente que vários bancos estão a explorar e a implementar o uso dessa tecnologia.

No entanto, como acontece com qualquer nova tecnologia, também há desafios legais e regulatórios que precisam ser enfrentados. A estrutura legal específica para contratos inteligentes e *Blockchain* no setor bancário ainda está a evoluir, e é importante que os bancos estejam cientes dos regulamentos relevantes na sua jurisdição.

Embora certamente existam desafios a serem superados, os benefícios potenciais dessa tecnologia a tornam esta uma área promissora de desenvolvimento para o setor bancário. À medida que a tecnologia amadurece e se torna mais amplamente adotada, será interessante ver como ela transforma o setor bancário e impacta a maneira como conduzimos as transações financeiras.

É importante considerar as várias implicações legais do uso de contratos inteligentes e *Blockchain* no setor bancário, como questões relacionadas à vinculação dos contratos, a privacidade de dados e proteção ao consumidor. Apesar do normal atraso relativo à tecnologia em si, o cenário regulatório está a mudar rapidamente e é importante que os bancos se mantenham atualizados sobre os desenvolvimentos mais recentes para garantir que estejam em conformidade com as leis e regulamentos relevantes, mantendo desde já medidas internas de transparência, boa-fé e proteção do consumidor.

Outro aspeto importante a considerar é o potencial de contratos inteligentes e *Blockchain* para interromper os modelos de negócios tradicionais no setor bancário. Por exemplo, o uso de *smart contracts* tem o potencial de reduzir o papel dos intermediários e aumentar o nível de interação direta entre as partes, o que pode impactar a lucratividade de alguns serviços bancários tradicionais. Como tal, é importante que os bancos considerem como podem adaptar os seus modelos de negócio para tirar partido das oportunidades apresentadas por esta tecnologia.

Bibliografia e Webgrafia

GLOBALLEGALINSIGHTS (2023). Blockchain & Criptocurrency Laws and Regulations – Malta. Disponível em: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/Blockchain-laws-and-regulations/malta> - Consultado em 9/6/2023.

LEITÃO, L.M.T.M. (2016). Direito das Obrigações. Ed. Almedina. Vol. 2, p. 130

SAVELYEV, A (2017), “Contract Law 2.0 «smart» contracts as the beginning of the end of classic contract law”, in: *Information & Communications Technology Law*, vol. 26, n.º 2, p. 1-19

SILVEIRA, J.F. (2022). “O Oráculo como elo entre a Jurisdição e os Smart Contracts”, in: *Jornal Jurídico*, Vol. 5, n.º 1, Ponte Editora: Funchal, Disponível em: <https://revistas.ponteditora.org/index.php/j2/article/view/620/440>. Consultado a 6/2/2023

SZABO, N. (1996). Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets. Disponível em: http://www.alamut.com/subj/economics/nick_szabo/smartContracts.html. Consultado a 5/2/2023

VEIGA, F.S. (2021). Responsabilidade dos administradores de sociedades – especial referência aos pressupostos da insolvência, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters.

VEIGA, F.S. (2023), “El concepto de empresa en la sociedad digitalizada: especial referencia a las *FinTech*”, in Ropero Carrasco, J. (coord.) *Aspectos jurídicos de la actualidad en el ámbito del derecho digital*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

YAKUBOWSKI, M. (2018). Europe Takes Serious Steps Toward *Blockchain* Adoption. *Coin Telegraph*. <https://cointelegraph.com/news/europe-takes-serious-steps-towardsBlockchain-adoption>. Acedido a 8/2/2023.

A Adesão Automática na Previdência Complementar diante do Princípio da Facultatividade

Automatic Accession to Complementary Private Pension in View of the Principle of Optionality

Fábio Junqueira de Carvalho¹

Fábio Lucas de Albuquerque Lima²

Mariana Jacobovis Neves³

Sumário: 1. A previdência complementar como instrumento aos regimes de previdência social; 2. Economia Comportamental e a adesão automática; 3. O princípio da facultatividade da previdência complementar no Brasil diante da ferramenta de adesão automática

Resumo: A problemática relacionada ao impacto da longevidade nos sistemas de pensões custeados pelo Estado, está se revelando um desafio de considerável complexidade. Quase a totalidade dos países já procedeu a modificações em seus sistemas previdenciários ou encontra-se em vias de implementar reformas, com o propósito de intensificar os aportes direcionados ao sustento das pensões e elevar as idades mínimas para a elegibilidade à aposentadoria. Muitas vezes, tais medidas são implementadas de forma combinada. Nesse contexto, a previdência complementar desempenha um papel crucial, mitigando a demanda por recursos públicos destinados aos pagamentos previdenciários. Geralmente, os regimes previdenciários privados não ostentam caráter compulsório e a necessidade de expressa adesão tende a limitar a admissão de participantes nesses esquemas. Diante desse contexto, países como Estados Unidos, Reino Unido, Nova Zelândia e Itália optaram por instituir a adesão automática como parte das regulamentações de previdência privada. Nesse sentido, a presente pesquisa tem como escopo investigar a viabilidade de introduzir a ferramenta de adesão automática aos planos de previdência complementar diante do cenário brasileiro atual, respeitando os preceitos de facultatividade consagrados no artigo 202 da Constituição Federal e reforçados pela Lei Complementar nº 109, datada de 29 de maio de 2001, bem como pela legislação pertinente.

Palavras-chave: previdência complementar; adesão automática; fomento; princípio da facultatividade

Abstract: The issue related to the impact of longevity on state-funded pension systems is proving to be a challenge of considerable complexity. Nearly all countries have undergone modifications to their pension systems or are in the process of implementing reforms, with the aim of enhancing contributions directed towards pension sustenance and raising the minimum ages for retirement eligibility. Often, such measures are implemented in a

¹ Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Mestre em Direito Tributário pela UFMG. Estágio de Pós-doutorado em "Novas Tecnologias e Direito" pelo Mediterranean International Centre for Human Rights Research (MICHR) da Università Mediterranea di Reggio Calabria (2021). Vinculado à Universidade Presbiteriana Mackenzie como membro do Grupo de Pesquisa "O Sistema de Segurança Social" da Faculdade de Direito e Professor de cursos de Pós-Graduação do IBET e da UEL. E-mail: fabio@jcmconsultores.com.br.

² Mestre em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas, graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. E-mail: fabiolucas74@gmail.com

³ Advogada. Especialista em Direito pela Faculdade Escola Paulista de Direito. E-mail: mariananeves@jcm.adv.br

combined manner. In this context, complementary private pension system plays a crucial role, mitigating the demand for public resources allocated to pension payments. Generally, private pension regimes lack a compulsory nature, and the requirement for explicit enrollment tends to restrict participant admissions into these schemes. Countries such as the United States, United Kingdom, New Zealand, and Italy have chosen to establish automatic enrollment as part of their private pension regulations. This present study aims to investigate the feasibility of introducing the automatic accession modality to Complementary private pension plans within the Brazilian scenario, while adhering to the principles of voluntariness enshrined in Article 202 of the Federal Constitution and reinforced by Supplementary Law n° 109, of May 29 2001 and related legislation.

Key-words: Complementary private pension; automatic accession; promotion, principle of optionality.

Introdução

A utilização da adesão automática como ferramenta de fomento da previdência complementar, baseada na doutrina do Paternalismo Liberal e na Teoria do Empurrão (*Nudge*), é muito eficaz para promover e aumentar a poupança interna de um país, fazendo com o que o cidadão ingresse em um plano de previdência sendo conduzido e auxiliado pelo Estado em sua tomada de decisão.

Diante desse contexto, o estudo terá como objetivo analisar a adequação de adoção da adesão automática em planos de previdência complementar no Brasil, diante do princípio da facultatividade expresso no artigo 202 da Constituição Federal, o qual também é reforçado pela Lei Complementar n° 109, de 29 de maio de 2001 e legislação correlata.

O regime de previdência complementar ao redor do mundo normalmente não é obrigatório, porém este cenário está mudando, tanto que nos países que fazem parte da OCDE a maioria dos membros já adota regimes obrigatórios ou semi-obrigatórios. O fato de ser necessária uma opção ativa por parte do cidadão para ingresso na previdência complementar reduz a quantidade de pessoas que ingressam neste regime e, por consequência, o seu alcance e capacidade como ferramenta de fomento da previdência complementar. Por outro lado, a adoção de programa de adesão automática na previdência complementar se mostra uma estratégia eficaz de promoção do regime.

Ocorre que, no Brasil, existe um entendimento de que a implementação da adesão automática sem alteração da legislação vigente, em especial na lei complementar que regulamenta o regime, acabaria por violar o princípio da facultatividade⁴.

O trabalho será dividido em três partes e será finalizado com as conclusões. De início, será demonstrada a importância da previdência complementar, como instrumento de suporte

⁴ A SURPC, órgão do Governo em estudo sobre adesão automática publicado em 2018, já se manifestou neste sentido com lastro em parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (pag. 24)

para os regimes de previdência social, sendo uma alternativa adequada para auxiliar o Estado em políticas de previdência. Na sequência, será expresso como a Economia Comportamental justifica que seja implementada a adesão automática para os regimes de previdência complementar e sua vantagem para o cidadão. A terceira e última seção tratará do princípio da facultatividade da previdência complementar no Brasil diante da ferramenta de adesão automática.

A Importância da Previdência Complementar Como instrumento de Suporte para os Regimes de Previdência Social

De acordo com a catalogação realizada pelo Banco Mundial, os regimes de previdência são usualmente classificados em três pilares (Banco Mundial, 1994, 16). Enquanto o primeiro pilar é constituído pelos regimes públicos de previdência e o terceiro pilar é o voluntário de poupança, mais próximo dos seguros, o segundo pilar é formado pelo regime de capitalização, financiado exclusivamente ou financiado em conjunto pelo empregador e por meio de um gestor de fundos designado por ele. (Barra, 2014, 50-51)

Após a análise conduzida pelo Banco Mundial, outras entidades internacionais engajadas na investigação desse tópico, notadamente a OCDE, a OIT e a União Europeia, também procederam com suas respectivas categorizações. Pode ser assertivamente afirmado que uma convergência de perspectivas se delineou: a necessidade premente de os países adotarem políticas previdenciárias diversificadas, empregando uma variedade de regimes previdenciários. Esse enfoque, em particular, busca amalgamar o âmbito previdenciário público com o suplementar, conhecido como previdência complementar. Este último assume um papel de alternativa estratégica, destinada a aliviar a substancial pressão financeira que incide sobre os governos no contexto do suporte aos sistemas de seguridade social. Em contraposição ao cenário das medidas estatais, a esfera da previdência complementar permite que o setor privado e o próprio contribuinte compartilhem a responsabilidade pela formação das reservas essenciais à sustentabilidade dos cidadãos após o término de suas atividades laborais, suplementando, assim, as provisões das aposentadorias públicas.

A matéria concernente à previdência complementar tem sido objeto de análise e deliberação pela União Europeia desde a promulgação da Recomendação n° 92/442/CEE, datada de 27 de julho de 1992. Este instrumento normativo versa sobre a harmonização dos propósitos e diretrizes das políticas de proteção social entre os Estados-membros. Neste contexto, o Conselho endereçou a sugestão aos países participantes de que “sempre que necessário, favoreçam o ajustamento das condições de obtenção dos direitos às pensões de

reforma, designadamente às pensões complementares, para eliminar quaisquer obstáculos à mobilidade dos trabalhadores assalariados”.

A Diretiva N° 98/49/CE do Conselho da União Europeia, datada de 29 de junho de 1998, foi o primeiro normativo que abordou de maneira efetiva a proteção dos trabalhadores e beneficiários no contexto do sistema de previdência complementar. Essa diretiva tem como foco a preservação dos direitos relativos a pensões complementares para trabalhadores assalariados e autônomos que se movimentam dentro das fronteiras da Comunidade.

Outras regulamentações importantes na esfera da União Europeia relacionadas ao segundo pilar compreendem o Regulamento (UE) N° 1094/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, datado de 24 de novembro de 2010, que estabelece uma Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Europeia de Seguros e Pensões Complementares de Aposentadoria - EIOPA); a Diretiva N° 2003/41/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, datada de 3 de junho de 2003, abordando as atividades e a supervisão das instituições que oferecem planos de pensões profissionais (posteriormente revogada pela Diretiva N° 2016/2341/EU, datada de 14 de dezembro de 2016); e a Diretiva N° 2014/50/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, datada de 16 de abril de 2014, relativa aos requisitos mínimos para uma maior mobilidade dos trabalhadores entre os Estados-membros, por meio da melhoria da aquisição e manutenção dos direitos à pensão complementar.

A Diretiva n° 2016/2341/EU, por sua vez, objetivou reforçar o problema do equilíbrio dos regimes de segurança social que “estão a ser sujeitos a uma pressão crescente, o que significa que os planos de pensões profissionais estão cada vez mais dependentes do objetivo de complementar outros regimes de pensões.”

Registra a Diretiva que “À luz da evolução demográfica na União e da situação dos orçamentos nacionais, os planos de pensões profissionais constituem um complemento importante dos regimes de pensões da segurança social. ”, destacando, sobretudo, o problema da longevidade e das baixas taxas de natalidade.

Após reconhecer a importância do segundo pilar, a Diretiva n° 2016/2341/EU completa que o setor deve ser estimulado por políticas públicas ao determinar que “Os Estados-Membros deverão proteger os trabalhadores contra a pobreza na velhice e promover planos complementares de pensões associados aos contratos de trabalho como cobertura adicional das pensões públicas.”.

Nesse sentido, ao analisar os regimentos da União Europeia para os regimes de previdência complementar e sua relação com os regimes de segurança social, Barra explica

“em matéria de previdência complementar é o intuito de que esta seja mais desenvolvida para fins de instrumentalizar uma diminuição da dependência das pessoas nas aposentadorias públicas, auxiliando, por consequência, na diminuição dos déficits existentes quanto aos sistemas do primeiro pilar, lastreados por repartição. Claramente não há uma conotação expressa no sentido de que os sistemas privados devem substituir os sistemas públicos, mas, em nosso sentir, visou a Comissão consignar que o desenvolvimento de sistemas privados de aposentadoria pode ajudar na diminuição dos gastos com as aposentadorias públicas, ou seja, inexoravelmente os sistemas privados terão um papel cada vez maior diante das dificuldades orçamentárias e demográficas por que passam os países da UE.” (Barra, 2016, 51)

Diante deste contexto, conclui-se que a previdência complementar é uma das alternativas para desoneração do custeio do primeiro pilar, sendo assim o fomento à previdência complementar tema relevante não apenas para o sistema de previdência complementar em si, mas também para os regimes públicos de previdência.

A Economia Comportamental e a Adesão Automática para os Regimes de Previdência Complementar

Uma temática de extensa análise no campo da economia reside na maneira pela qual as heurísticas e os vieses cognitivos repercutem sobre o processo decisório, conferindo-lhe maior lógica, precisão e celeridade. Esse domínio, conhecido como Economia Comportamental, encontra um de seus mais eminentes representantes no laureado com o Prêmio Nobel de Economia em 2017, Richard H. Thaler, o qual, em colaboração com Cass R. Sunstein, desenvolveram a Teoria do Empurrão (*Nudge*). Esta teoria postula que tanto o Estado quanto entidades de natureza privada podem e devem, em circunstâncias específicas, orientar a ação do cidadão, exercendo influência sobre seu processo decisório. A base conceitual da Teoria do Empurrão se origina da abordagem do Paternalismo Liberal, que propugna pela atuação proativa do Estado em relação ao indivíduo, com o propósito de intervir na sua conduta econômica. (Thaler e Sunstein, 2003, p. 176)

Desse modo, os assim chamados *nudges* ou "empurrões" adquirem caráter de intervenção mediante a reconfiguração da estrutura de escolhas, com o intuito de predeterminar comportamentos das pessoas de maneira previsível. Tais mecanismos se configuram como ferramentas aplicáveis para incitar ações que conduzam à realização de objetivos específicos. Um exemplo concreto de implementação prática de *nudge* com frequência empregado por entidades públicas, é a inserção de anúncios nos maços de cigarros

buscando influenciar as pessoas a não fumarem, dada a nocividade do tabaco à saúde e os expressivos encargos financeiros decorrentes do tratamento de enfermidades resultantes do consumo tabagista.

Diante desse contexto, dentre as características essenciais de um *nudge*, tem-se que este deve permitir a liberdade de escolha do cidadão, pois ainda que venham a influenciar a alternativa desejada, a pessoa deve ser livre para optar por se deseja ou não realizar a conduta e qual a direção pretende tomar.

A transparência e eficácia também são atributos obrigatórios em um *nudge* oficial, pois o indivíduo deve estar ciente do real interesse do Estado, não podendo ser enganado. Nas palavras de Sunstein “As decisões do governo, especialmente, devem ser sujeitas ao exame e crítica por parte da população. Uma vantagem importante dos *nudges*, em contraste com as imposições e proibições, é evitarem a coerção. Ainda assim, eles nunca devem assumir a forma de manipulação ou trapaça. O público tem de ser capaz de analisar e investigar os *nudges* tanto quanto quaisquer outros tipos de ações do governo.” (Sunstein, 2016)

Segundo os autores, o planejamento da aposentadoria é uma iniciativa governamental que deve utilizar o *nudge*, por meio da adesão automática em planos de previdência, visto que esta ferramenta é muito eficaz para promover e aumentar a poupança, fazendo com que o cidadão entre em um plano de previdência que tem características específicas de segurança e rentabilidade (Thaler e Sunstein, 2008, 117).

Sobre este mote, verificou-se por meio de testes que o número de pessoas que adere a um plano de previdência sem estarem obrigados a esta decisão, formalizando de forma expressa a sua vontade (*opt-in*) é significativamente inferior à quantidade de pessoas que decide se desligar de um plano de previdência quando forem lá colocados automaticamente (*opt-out*).

Isso porque a adesão a um plano de previdência é complexa, repleta de detalhes técnicos e formalismos, tratando-se de uma decisão que vai impactar o futuro e sobre a qual a pessoa normalmente não detém conhecimento técnico para tanto, fazendo com que os vieses cognitivos da inércia e da procrastinação acabem por induzir pela não adesão ao plano de previdência. Assim, diante da Economia Comportamental, a estratégia da adesão automática configura-se como um *nudge* (empurrão) para a formação de reserva previdenciária.

Nesse sentido, tendo em vista as características essenciais de um *nudge*, para a adoção da adesão automática em planos de previdência complementar, além da vasta e clara explanação das regras do plano de previdência no qual será inscrito automaticamente,

substituindo a manifestação de vontade (*opt-in*), visando não caracterizar coerção, pelo contrário, reforçando a arquitetura de escolha, o cidadão deve ter a opção de se retirar (*opt-out*) do plano de previdência ao qual foi colocado automaticamente.

Com base em estudos envolvendo a Teoria do Empurrão, os Estados Unidos⁵, Reino Unido, Nova Zelândia e outros países decidiram por adotar a adesão automática para planos de previdência cujos resultados foram positivos para o sistema.

Discute-se se esta modalidade de *nudge* na qual prevalece o modelo *opt-out* é paternalista. Ainda que a conclusão seja afirmativa, isto não invalida a sua adoção, pois “Se é razoável crer que, após a devida reflexão e análise das informações do plano, a maioria dos indivíduos irá preferir optar pela adesão, então a adesão automática é apenas uma tentativa paternalista de promover o bem-estar dos pretendentes.” (Martins, 2015, 109)

O Princípio da Facultatividade da Previdência Complementar no Brasil diante da Ferramenta de Adesão Automática

Em que pese exista grande experiência ao redor do mundo envolvendo as vantagens de se adotar da adesão automática no sistema de previdência complementar, no Brasil esta ainda não é uma estratégia amplamente adotada, nem mesmo é reconhecida como uma alternativa que pode vir a ser escolhida por patrocinadores e instituidores de planos de benefícios para os seus colaboradores e associados ou membros.

Este cenário decorre de uma interpretação tradicionalmente adotada pelos órgãos regulador e de supervisão, interpretação esta que merece, data vênia, revisitação, máxime quando da adoção da inscrição automática como juridicamente válida no caso das fundações dos servidores públicos civis da União. Assim, o mecanismo de proteção previdenciária da inscrição automática encontra a mesma guarida no dispositivo constitucional que prevê que o regime de previdência complementar será facultativo, sendo que a facultatividade não é afastada com a possibilidade de o participante, ao ser inscrito, manifestar-se pela saída do plano. E, como já foi dito, tendo sido o princípio da facultatividade reforçado na Lei Complementar que regulamenta os regimes de previdência, a autonomia da vontade é assegurada no modelo de inscrição antecipada.

Conforme explanado na segunda parte do presente estudo, é característica essencial de um *nudge* permitir a liberdade de escolha do cidadão, a qual, no caso da adesão automática, é traduzida pela possibilidade de retirar-se do plano (*opt-out*), ou seja, pode-se afirmar que na

⁵ Em 1998, Mark Iwry, funcionário responsável pela política nacional de pensões do Departamento do Tesouro, dirigiu o Revenue Service para emitir uma série de decisões (e pronunciamentos oficiais) que definiram, aprovaram e promoveram o uso da inscrição automática no plano 401 (k). (Thaler e Sunstein, 2008, 115)

adesão automática por existir a possibilidade de saída, sem que o participante sofra prejuízos, o conceito de facultatividade está sendo observado.

Facultar a manutenção de uma pessoa que foi colocada em um plano de previdência, viabilizando o seu desligamento mediante um ato de vontade, com a devolução integral dos valores que foram vertidos para a entidade de previdência, devidamente corrigido, deve ser entendido como o atendimento ao princípio da facultatividade da mesma forma que a escolha do participante por entrar ou não neste mesmo plano de benefícios.

Deve-se ter em mente que na hipótese de planos de benefícios administrados por entidades fechadas de previdência complementar este racional faz ainda mais sentido, pois por determinação da própria lei complementar o plano de benefícios deve ser ofertado a todos os colaboradores de um patrocinador e a todos os associados ou membros de um instituidor.

Reforça ainda a lógica da observância da facultatividade pela adesão automática, o fato de que com a adesão ao plano de benefícios este participante receberá diversas comunicações e informações que são obrigatórias por parte da entidade de previdência, tais como o regulamento do plano de benefícios, a forma de acesso a site, aplicativo para acompanhar a movimentação e rentabilidade de suas reservas, outros formulários para escolha do regime de tributação e eventualmente do perfil de investimentos, além é claro, das informações do seu empregador (patrocinador) ou da associação a que faz parte.

Há ainda um outro ponto extremamente relevante, qual seja, o próprio Governo Federal, que é o Ente Federado que tem competência para legislar sobre previdência complementar, editou a Lei nº 13.183/2015, prevendo que para os planos de previdência que patrocina “Os servidores e os membros referidos no caput deste artigo com remuneração superior ao limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, que venham a ingressar no serviço público a partir do início da vigência do regime de previdência complementar de que trata esta Lei, serão automaticamente inscritos no respectivo plano de previdência complementar desde a data de entrada em exercício.”

Assim, o servidor público federal da administração direta, autarquias e fundações federais passa a ser inscrito automaticamente no plano de benefícios que tem estão vinculados os servidores federais⁶, tendo prazo de noventa dias da data da inscrição para desistir. Assim sendo é inconteste que existe uma regra de adesão automática com previsão de opt-out que pode ser exercida pelo servidor, com a devolução corrigida dos valores das contribuições feitas para o plano de previdência.

⁶ Funpresp-Exe e Funpresp-Jud

Ora, se o fundamento da facultatividade é de natureza constitucional, com tratamento na lei complementar que regula o dispositivo constitucional, a sua aplicação deve ser exatamente a mesma para todo e qualquer participante de planos de benefícios, e pode-se afirmar que a adesão automática instituída pela lei federal para os participantes dos planos de benefícios patrocinados pela União Federal, assim como, as regras de adesão automática que foram criadas por Estados e por Municípios para os planos de benefícios ofertados para os seus servidores, ou são constitucionais, por ser aderente ao conceito constitucional de facultatividade, ou são inconstitucionais, por não se enquadrar no conceito constitucional de facultatividade⁷.

Necessário destacar que para a adoção da adesão automática em planos de previdência complementar, além da vasta e clara disposição das regras do plano no contrato previdenciário no qual o participante será inscrito automaticamente, a substituição da manifestação de vontade expressa (*opt-in*), pela inclusão involuntária, deve ser garantido ao cidadão ter a opção de se retirar (*opt-out*) do plano de previdência ao qual foi colocado sem sua prévia autorização, com a imediata devolução de todos os valores que foram retirados do patrimônio da participante, com a justa atualização, visando não caracterizar coerção e reforçando o atendimento do princípio da facultatividade. Desse modo, o direcionamento estatal se dá seguindo a doutrina do Paternalismo Liberal e da Teoria do Empurrão (*Nudge*), no qual os cidadãos são automaticamente inscritos em planos de previdência.

Um último aspecto que deve ser levado em consideração é que, por princípio existente na Lei Complementar 109/2001, o participante deve sempre ser protegido. Todos os estudos sobre adesão automática mostram que o índice de *opt-out* é sempre muito baixo e que a manutenção da pessoa em um plano de previdência complementar é uma alternativa excelente para o cidadão e para o próprio Estado. Assim, a adoção da adesão automática deve ser vista como uma proteção ao cidadão e ao participante, por ajudá-lo a entrar em um plano de benefícios que será vantajoso para seu futuro.

Diante desse contexto, o princípio da facultatividade é preservado na adesão automática por meio da garantia ao cidadão ter a opção de se retirar (*opt-out*) do plano de previdência, tendo os valores que foram retirados do seu patrimônio devolvidos de maneira integral e tempestiva.

Considerações Finais

⁷ Sobre a matéria existe a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 5502/2016, porém o processo está aguardando o julgamento do pedido de liminar e de mérito.

O presente artigo teve por objetivo analisar a possibilidade de adoção da adesão automática em planos de previdência complementar no Brasil, diante do princípio da facultatividade expresso no artigo 202 da Constituição Federal, o qual também é reforçado pela Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001 e legislação correlata.

Inicialmente, foi demonstrada a importância da previdência complementar como instrumento de suporte para os regimes de previdência social, sendo uma alternativa para desoneração do custeio do primeiro pilar.

Na sequência, passou-se a analisar a aplicação da Economia Comportamental e da Teoria do Empurrão (*Nudges*) nos regimes de previdência complementar, por meio da ferramenta de adesão automática, na qual o cidadão para a ser automaticamente inscrito no plano de previdência complementar, mediante vasta e clara explanação das regras deste plano, substituindo a manifestação de vontade (*opt-in*) e tendo a opção de se retirar-se (*opt-out*). Há experiência consolidada em alguns países na adoção da adesão automática para planos de previdência, cujos resultados foram positivos.

Por fim, no último tópico, analisamos a adoção da adesão automática no Brasil diante do princípio da facultatividade previsto na Constituição Federal e na Lei Complementar 109/2001, independente de nova regulamentação por parte dos órgãos de regulação (CNPQ e CNSP), podendo ser imediatamente adotado, sendo o princípio da facultatividade preservado diante da existência da opção de se retirar (*opt-out*) dos planos de benefícios, com a devolução integral e corrigido dos valores que foram retirados do patrimônio dos cidadãos.

Referências Bibliográficas

BARRA, J.S.. A previdência complementar na União Europeia: uma introdução ao direito institucional da União Europeia e da responsabilidade administrativa dos administradores de entidades de previdência complementar e fundos de pensão. Revista de Direito Previdenciário, v. 4, p. 42-69, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001. Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 30 de maio de 2001.

BOTELHO, C.S., Os Direitos Sociais em Tempos de Crise - Ou revisitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2017.

BUTRICA, B.A., Automatic enrollment, employer match rates, and employee compensation in 401(k) plans, Monthly Labor Review, U.S. Bureau of Labor Statistics, May 2015, <https://doi.org/10.21916/mlr.2015.15>.

CARVALHO, F.A.J. de. A mobilidade de trabalhadores dentro da União Europeia e do Brasil e seus efeitos na previdência complementar dos trabalhadores. In: O Direito Atual e

as Novas Fronteiras Jurídicas. 1ª ed. Barcelos: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2017, v.01, p. 678-699.

CARVALHO, F.A.J. Nudge em previdência completar: a inteligência artificial definindo as hipóteses de op-in e aprimorando o desempenho dos planos de benefícios. *In: LegalTech, Artificial Intelligence and the Future of Legal Practice*. 1 ed. Porto/Kraków: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos and AFM Kraków University, 2022, v.I, p. 410-421.

MARTINS, L.F.M., A regulação da Previdência Complementar Fechada sob a Perspectiva da Economia Comportamental - e a Adesão Automática como Proposta para a Mitigação de Vieses Cognitivos, Dissertação de Mestrado, Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, 2015

THALER, R.H. SUNSTEIN, C.R., Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness. New Haven & London: Yale University Press, 2008.

THALER, R.H. SUNSTEIN, C.R. Libertarian paternalism. *The American Economic Review*, Vol. 93, N° 2: 175-179. 2003.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho. Diretiva N° 98/49/CE, de 29 de junho de 1998. Diário Oficial das Comunidades Europeias, Luxemburgo, n. L 209, 25 jul. 1998.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva n° 2003/41/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. De 3 de junho de 2003. Diário Oficial da União Europeia, Bruxelas, 9 jul. 2003.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva n° 2014/50/UE do Parlamento Europeu e do Conselho. De 16 de abril de 2014. Diário Oficial da União Europeia, Bruxelas, 29 abr. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva n° 2016/2341/EU. Diário Oficial da União Europeia, Bruxelas, 15 dez. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Recomendação n° 92/442/CEE, de 27 de julho de 1992. Relativa à convergência dos objetivos e políticas de proteção social. Diário Oficial das Comunidades Europeias, Luxemburgo, n. L 245, 26 set. 1992.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento n° 1094/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho. De 24 de novembro de 2010. Diário Oficial da União Europeia, Bruxelas, 30 nov. 2010.

WORLD BANK. Averting the old age crisis: policies to protect the old and promote growth. Washington DC: World Bank, 1994.

Inteligência Artificial na Administração Pública Brasileira: Eficiência X Proteção de Dados

Artificial Intelligence in Brazilian Public Administration: Efficiency x Data Protection

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet¹

Taina Daniele Werle²

Sumário: 1. Notas introdutórias; 2. Boa administração pública e eficiência administrativa; 3. IA na administração pública e promoção da eficiência; 4. Proteção de dados, separação informacional e riscos do uso de IA no poder público; 5. Considerações finais. Referências.

Resumo: A inteligência artificial assume relevância para o poder público brasileiro, mas pode, por outro lado, trazer riscos, à medida que enseja a coleta e tratamento de dados dos cidadãos, adensando a assimetria. À vista disso, intenta-se avaliar os principais impactos do uso de IA pela administração pública na consecução da eficiência. A pesquisa, de natureza teórica e objetivo descritivo, desenvolveu-se mediante análise bibliográfica, pelo método de abordagem hipotético-dedutivo, tendo como procedimentos o estruturalista e o histórico e, quanto ao método de interpretação, o sistemático. Confirmou-se a hipótese de que o uso de IA aprimora a eficiência e é um mecanismo na efetivação da boa administração, mas traz riscos aos direitos humanos e fundamentais, podendo afetar a separação informacional de poderes, carecendo de governança constitucionalmente apropriada.

Palavras-chave: Direitos humanos e fundamentais; Eficiência administrativa; Governança algorítmica; Inteligência artificial; Proteção de dados; Separação informacional.

Abstract: Artificial intelligence assumes relevance for the Brazilian public power, but it can, on the other hand, bring risks, as it entails the collection and processing of data from citizens, deepening the asymmetry. In view of this, an attempt is made to assess the main impacts of the use of AI by public administration in achieving efficiency. The research, of theoretical nature and descriptive objective, was developed through bibliographical analysis, by the hypothetical-deductive method of approach, having as procedures the structuralist and the historical and, as for the method of interpretation, the systematic one. The hypothesis that the use of AI improves efficiency and is a mechanism for the realization of good administration was confirmed, but it poses risks to human and fundamental rights, which may affect the informational separation of powers, lacking constitutionally appropriate governance.

Keywords: Human and fundamental rights; Administrative efficiency; Algorithmic governance; Artificial intelligence; Data protection; Informational separation.

¹ Advogada. Graduada e Mestre em Direito pela UFC. Doutora em Direito pela Universidade de Augsburg (UNIA – Alemanha). Especialista em Neurociências e Ciências do Comportamento pela PUCRS, Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Hamburgo (Alemanha) e pela PUCRS. Coordenadora da Especialização em Direito Digital da PUCRS. Professora da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. E-mail: gabrielle.sarlet@pucrs.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9638814642817946>.

² Advogada. Mestranda em Direito pela PUCRS, na Área de Concentração de Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado e na Linha de Pesquisa de Direito, Ciência, Tecnologia & Inovação. Bolsista CAPES. Especialista em Direito Tributário pela FGV. E-mail: werle.taina@edu.pucrs.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/956764875528022>.

* O presente trabalho foi realizado com apoio da PUCRS através do PROEX – CAPES.

1. Notas Introdutórias

Em um contexto de implementação do Governo Digital, não é permitido desprezar/negligenciar a tecnologia aplicada à gestão e a modernização do poder público.

O relatório “A Caminho da Era Digital no Brasil”, da OCDE, que avaliou a transformação digital e elaborou recomendações para seu seguimento, indicou que a transformação digital do governo é uma prioridade, devendo o país perpetuar seus esforços para tornar sua administração mais eficiente e acessível ao cidadão, recomendando, p. ex., o aumento dos esforços para o desenvolvimento de um governo orientado por dados e a atualização do marco legal e regulatório do Governo Digital para aproveitar as oportunidades das tecnologias emergentes³.

Diante desse cenário, questiona-se se o uso de dados pessoais e de inteligência artificial (doravante IA) pela administração pública pode ser um mecanismo para efetivação da eficiência administrativa, e em contrapartida, quais os riscos/impactos de seu emprego para a efetivação do catálogo de direitos constitucionalmente assegurados, particularmente à privacidade, à proteção de dados dos cidadãos e à efetivação do princípio da separação (informacional) de poderes.

Como hipóteses prévias de pesquisa, tem-se que o uso de IA pela administração pública pode ter o potencial de auxiliar no aprimoramento da eficiência e, assim sendo, colaborar também na eficácia do direito fundamental à boa administração, mas por outro lado, pode acarretar riscos aos direitos fundamentais dos cidadãos, como o direito à privacidade e à proteção de dados, dentre outros, bem como afetar a separação informacional, pressuposto central do Estado Democrático de Direito, em caso de compartilhamento irrestrito de dados, sem observância de limites jurisprudenciais e constitucionais.

Nessa senda, a presente pesquisa possui como objetivos centrais avaliar como o uso de aplicações de IA pela administração pública pode ser um mecanismo no aprimoramento da eficiência administrativa, requisito essencial para efetivação do direito fundamental à boa administração, bem assim quais os impactos negativos do uso para a proteção de dados dos cidadãos e para a separação (informacional) de poderes⁴.

³ OECD. A Caminho da Era Digital no Brasil. OECD Publishing, Paris, 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/brazil/a-caminho-da-era-digital-no-brasil-45a84b29-pt.htm>. Acesso em: 30 maio 2023.

⁴ Sobre o tema, ver SARLET, Ingo Wolfgang; SALES SARLET, Gabrielle Bezerra. Separação informacional de poderes e devido processo informacional. *Revista Consultor Jurídico*. 2022; e SARLET, Ingo Wolfgang; SALES SARLET, Gabrielle Bezerra. Tecno-autoritarismo, tecno-fascismo societal, democracia e proteção de dados. *Revista Consultor Jurídico*. 2022.

Para alcançar os objetivos propostos, o presente trabalho abordará, primeiramente, as molduras constitucionais e legais da boa administração e da eficiência administrativa, passando, em seguida, à análise do uso de IA no poder público e seu papel na consecução da eficiência e, após, serão investigados alguns aspectos acerca dos impactos aos direitos humanos e fundamentais, mais especificamente no que toca à efetivação do direito à proteção de dados em meio a algumas reflexões sobre o compartilhamento de dados constitucionalmente apropriado e a separação informacional de poderes no Brasil.

A presente pesquisa que guarda relação direta com a implementação de um Governo Digital e com a concretização do Estado Democrático (Digital) Direito, será desenvolvida pelo método de abordagem hipotético-dedutivo. Quanto aos procedimentos, serão utilizados o estruturalista e o histórico. Quanto ao método de interpretação, será adotado o sistemático. Por fim, quanto ao tipo, a pesquisa possuirá natureza teórica e objetivo descritivo, ademais desenvolver-se-á por análise bibliográfica e documental.

2. Boa Administração Pública e Eficiência Administrativa

A boa administração é interpretada tanto como um dever a ser observado na atuação administrativa, quanto como um direito fundamental que conecta o administrado e o poder público e que possui em seu bojo a observância de princípios da administração pública, de direitos relativos à participação na gestão e o cumprimento de funções fundamentais do Estado⁵. Muito embora a Constituição Federal não indique expressamente a existência de um direito fundamental à boa administração, sua conformação jurídica se verifica nos princípios cogentes à administração pública e que embasam uma boa administração⁶, elencados no art. 37 da Carta Magna⁷, dispositivo este que externa a necessidade de obediência aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência⁸.

Em nosso ordenamento jurídico, a indicação da existência de um direito fundamental à boa administração pública é resultado de uma análise sistêmica do conjunto de normas,

⁵ ISMAIL FILHO, S. Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, n. 3, p. 105–137, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77679>. Acesso em: 25 maio 2023. p. 112-113.

⁶ KOHLS, C.C.; LEAL, MC.H. Boa administração pública e fundamentos constitucionais das políticas públicas na perspectiva do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 7, n. 2, p. 188-196, 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5162300>. Acesso em: 26 maio 2023. p. 190.

⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 maio 2023.

⁸ FIGUEIREDO, CR.B.; CABRAL, F.G.. Inteligência artificial: Machine learning na Administração Pública. *International Journal of Digital Law*, v. 1, n. 1, p. 79-96, 2020. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/figueiredov1n1>. Acesso em: 24 maio 2023. p. 82.

principalmente do conteúdo da Constituição Federal, que permite a elevação ao patamar de direito fundamental⁹. Como lecionam Kohls e Leal, “o reconhecimento do direito fundamental à boa administração pública está diretamente ligado à concretização de direitos fundamentais”¹⁰.

A observância, pela administração pública, das boas práticas e dos princípios elencados constitucionalmente, possibilita que o poder público se funcionalize em favor do cidadão, tornando, assim, mais evidente a sua própria função na concretização dos direitos fundamentais da coletividade. A boa administração possui, ao final, o objetivo de atender o administrado e materializar os seus direitos fundamentais da forma mais pragmática possível, observando, todavia, a eficácia, eficiência, motivação, proporcionalidade, transparência, moralidade e responsabilidade¹¹.

A boa administração está extremamente vinculada ao princípio da eficiência¹². O princípio da eficiência consiste em organizar, racionalmente, os meios e os recursos necessários para a prestação de serviços públicos de qualidade, independentemente das condições econômicas dos administrados. Possui como característica, assim, disciplinar a atividade administrativa nos seus resultados, voltando-se para a ideia de produzir resultados, com rapidez e precisão, para satisfazer as necessidades dos cidadãos. Outro ponto a ser observado para fins de eficiência refere-se a um ideal de não apenas satisfazer a necessidade dos usuários, mas fazê-lo da forma menos onerosa¹³.

A ideia de eficiência da administração exige da gestão pública, conseqüentemente, que esta se volte à produção de um resultado ótimo, que beneficie o interesse público e os cidadãos, não apenas o interesse pessoal do administrador. Além disso, a relação entre eficiência e boa administração torna cogente a observância, pelo gestor público, de boas

⁹ TEIXEIRA, A.V.; NEVES, I.F.. O Direito Fundamental à Boa Administração Pública e o mito da Supremacia do Interesse Público: Os Direitos Fundamentais como delimitação do interesse público. *Revista Jurídica (FURB)*, v. 20, n. 41, p. 79-102, 2016. Disponível em: <https://bu.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/5566>. Acesso em: 26 maio 2023. p. 81.

¹⁰ KOHLS, C.C.; LEAL, M.C.H. Boa administração pública e fundamentos constitucionais das políticas públicas na perspectiva do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 7, n. 2, p. 188-196, 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5162300>. Acesso em: 26 maio 2023. p. 190.

¹¹ FIGUEIREDO, C.R.B.; CABRAL, F.G.. Inteligência artificial: Machine learning na Administração Pública. *International Journal of Digital Law*, v. 1, n. 1, p. 79-96, 2020. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/figueiredov1n1>. Acesso em: 24 maio 2023. p. 83.

¹² ISMAIL FILHO, S. Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, n. 3, p. 105-137, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77679>. Acesso em: 25 maio 2023. p. 121.

¹³ MUNIZ, C.C.B. O princípio da eficiência na administração pública brasileira. *Prisma Jurídico*, v. 6, p. 85-100, 2007. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/1130/858>. Acesso em: 26 maio 2023. p. 94-95.

práticas e de controle de custos, modo a garantir o melhor resultado possível, em linha com os ditames legais e dentro do orçamento disponível¹⁴.

Na visão de Desordi e Bona, a eficiência apresenta-se como o princípio mais moderno da função administrativa e requer a realização racional e otimizada da atividade pública, observando aspectos produtivos, econômicos e temporais¹⁵, estando presente não só na dicção do art. 37 da Constituição Federal, mas também no seu art. 5º, LXXVIII, ao dispor sobre a duração razoável do processo e a garantia de celeridade. Muitas vezes, seja pela alta demanda, por déficit de pessoal ou até escassez de recursos, o poder público não consegue alcançar a eficiência desejável no cumprimento de suas funções, o que desencadeia a busca por outros meios para aprimorar a eficiência, no que se inclui a utilização de novos mecanismos tecnológicos¹⁶.

Considerando que o alcance da eficiência engloba não somente os fins, mas também os meios, implicando no dever de escolha dos melhores instrumentos para atingir os objetivos da administração pública, é necessária a constante busca de ferramentas capazes de auxiliar na otimização dos processos administrativos e no aprimoramento da eficiência¹⁷. É nesse contexto que o poder público acaba se deparando com as novas tecnologias, dentre as quais destacam-se os sistemas que utilizam IA como meio de auxiliar os agentes públicos no desenvolvimento de suas atividades¹⁸.

3. IA na Administração Pública e Promoção da Eficiência

A modernização da administração pública tem se apresentado como uma preocupação quase universal diante da necessidade de aprimoramento da eficiência administrativa e, em consequência disso, a implementação de um Governo Digital tornou-se passo indispensável na busca por uma gestão pública melhor¹⁹, sendo parte integrante dos protocolos assumidos pelo Brasil perante a OCDE para o ingresso na organização.

¹⁴ ISMAIL FILHO, S. Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, n. 3, p. 105–137, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77679>. Acesso em: 25 maio 2023. p. 120-122.

¹⁵ DESORDI, D; BONA, C.D. A inteligência artificial e a eficiência na administração pública. *Revista de Direito*, v. 12, n. 02, p. 01–22, 2020. DOI: 10.32361/202012029112. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/9112>. Acesso em: 26 maio 2023. p. 8-9.

¹⁶ DESORDI, D; BONA, C.D. op. cit., p. 2.

¹⁷ BREGA, J.F.F. Governo eletrônico e direito administrativo. 2012. 335f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-06062013-154559/pt-br.php>. Acesso em: 27 maio 2023. p. 102.

¹⁸ DESORDI, D; BONA, C.D. op. cit., p. 9.

¹⁹ BREGA, J.F.F. op. cit., p. 100.

Por força do princípio da eficiência e em linha com o contexto tecnológico, exige-se da administração pública que avalie a possibilidade de utilização de meios eletrônicos, não se admitindo a simples renúncia ao avanço tecnológico em prejuízo dos administrados e da própria administração²⁰. Ainda nessa linha, cumpre mencionar que a Constituição Federal estabelece não apenas um dever constitucional do Estado buscar a inovação, mas um direito fundamental dos cidadãos à inovação²¹, ao prever, em seu art. 218, que o Estado deve promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação e a inovação.

Nesse cenário, a Lei nº 14.129/2021, estabelece, como princípios e diretrizes do Governo Digital e da eficiência pública, o uso da tecnologia para otimizar processos de trabalho da administração pública, como também a implantação do governo como plataforma e a promoção do uso de dados por pessoas físicas e jurídicas de diferentes setores da sociedade, com vistas, especialmente, à formulação de políticas públicas, de pesquisas científicas, de geração de negócios e de controle social.

Dentre as tecnologias que possuem aplicação no setor público, podemos destacar a IA. Essa tecnologia busca não somente compreender, mas também construir entidades inteligentes e, embora não haja um conceito único e pacificado de IA, esta pode ser explicada como um conjunto de aplicações que usualmente empregam *machine learning* ou *deep learning*, como a arte de produzir uma máquina capaz de executar funções que demandam inteligência quando desempenhadas por pessoas²²; ou então, como um software diferenciado, dotado de inteligência, que se propõe a fazer com que máquinas realizem funções até então exclusivamente exercidas por seres humanos²³, caracterizando-se por “algoritmos que são treinados a partir de uma grande base de dados”²⁴, que se alimentam de dados (pessoais e não pessoais).

A IA abrange uma enorme variedade de subcampos, do geral (aprendizagem e percepção) ao específico, sendo relevante para qualquer tarefa de natureza intelectual²⁵.

²⁰ BREGA, J.F.F. Governo eletrônico e direito administrativo. 2012. 335f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-06062013-154559/pt-br.php>. Acesso em: 27 maio 2023. p. 102.

²¹ SARLET, I.W.; SALES SARLET, G.B. Separação informacional de poderes no direito constitucional brasileiro. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil, 2022. 74p. Disponível em: https://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/24870/2/Separao_Informacional_de_Poderes_no_Direito_Constitucional_brasileiro.pdf. Acesso em: 27 maio 2023. p. 14.

²² RUSSELL, S.J.; NORVIG, P. Inteligência artificial. 3. ed. Tradução por Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: LTC, 2021. p. 2.

²³ SILVA, F.M.; *et al.* Inteligência Artificial. Porto Alegre: SAGAH, 2019. p. 13.

²⁴ AGOSTINI, A.L.C.. A inteligência artificial no poder público. Anais de Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade, v. 7, n. 1, p. 219-238, 2020. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/acts/article/view/17138>. Acesso em: 27 maio 2023. p. 221.

²⁵ RUSSELL, S.J.; NORVIG, P. op. cit., p. 2.

Na administração pública, sistemas inteligentes podem ser implementados tanto no âmbito operacional interno, para o desempenho de atividades informativas e decisórias, além da automatização de processos, quanto na dimensão externa, facilitando o relacionamento entre administração e administrados²⁶. Atualmente, o poder público utiliza IA, p. ex., mediante o emprego e a disponibilização de (i) chatbots para realização de atendimentos, (ii) cruzamento de informações de big data para automatizar a prestação de contas e identificar atos ilícitos, (iii) triagem e seleção de documentos, (iv) apoio na tomada de decisão, dentre outros²⁷.

Um dos órgãos públicos brasileiros que tem se utilizado da IA para aperfeiçoar sua produtividade é o Tribunal de Contas da União (TCU). O TCU possui, por exemplo, o sistema Alice (Análise de Licitações e Editais), que realiza a leitura de editais de licitações e atas de registros de preços, emitindo, após, relatórios com apontamentos de indícios de irregularidades, permitindo, desta forma, que os auditores efetuem um trabalho mais direcionado e detalhado e, assim, colaborando com a otimização, agilidade e eficiência dos serviços²⁸.

Outros sistemas dotados de inteligência que proporcionam maior eficiência e racionalidade, implementados pelo TCU, são: Monica (Monitoramento Integrado para o Controle de Aquisições), Carina (Crawler e Analisador de Registros da Imprensa Nacional), Ágata (Aplicação Geradora de Análise Textual com Aprendizado), Adele (Análise de Disputa em Licitações Eletrônicas), Sofia (Sistema de Orientação sobre Fatos e Indícios para o Auditor) e LabContas (Laboratório de Informações de Controle)²⁹.

No âmbito do judiciário, por sua vez, podemos citar o Victor, IA em uso no Supremo Tribunal Federal (STF) que apoia a análise de admissibilidade recursal, sinalizando se um dado tema de repercussão geral se aplica ao caso dos autos³⁰; o sistema VitorIA, que realiza a identificação de processos que tratam do mesmo assunto e os agrupa automaticamente por

²⁶ DESORDI, D; BONA, C.D. A inteligência artificial e a eficiência na administração pública. *Revista de Direito*, v. 12, n. 02, p. 01–22, 2020. DOI: 10.32361/202012029112. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/9112>. Acesso em: 26 maio 2023. p. 13.

²⁷ SILVA, L.F.B. O uso da inteligência artificial no poder público brasileiro. p. 93-115. *In*: SADDY, André. *Inteligência artificial e direito administrativo*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022. 604 p. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/82f6aecdd-0f24-44a9-a5ef-14495065751b>. Acesso em: 27 maio 2023. p. 105-106.

²⁸ DESORDI, D; BONA, C.D. *op. cit.*, p. 13-14.

²⁹ COSTA, M.B. BASTOS, P.R.L. Alice, Monica, Adele, Sofia, Carina e Ágata: o uso da inteligência artificial pelo Tribunal de Contas da União. *Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás*, v. 2, n. 3, 2020. Disponível em: <https://revcontext.tce.go.gov.br/index.php/context/article/view/59>. Acesso em: 27 maio 2023. p. 11.

³⁰ STF. Projeto Victor avança em pesquisa e desenvolvimento para identificação dos temas de repercussão geral. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331&ori=1>. Acesso em: 27 maio 2023.

similaridade de temas, possibilitando a identificação de novas controvérsias e proporcionando maior celeridade na análise e julgamento dos casos³¹; a RAFA (Redes Artificiais Focadas na Agenda 2030), IA desenvolvida para classificar as ações conforme os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 da ONU, e que permite identificar e trazer processos prioritários para a pauta com maior celeridade³². Ainda no judiciário, podemos mencionar o sistema Sinapses do CNJ, que possui como objetivo facilitar a atividade jurisdicional, possibilitando o controle de prazos e sugerindo redações para documentos³³.

Na esfera fiscal também temos o uso de IA aliado à análise de dados como mecanismo auxiliar no procedimento fiscalizatório. Como exemplo há o SISAM (Sistema Aduaneiro de Aprendizado de Máquina), que usa a IA para aprender o histórico das declarações de importação e auxiliar o procedimento fiscalizatório no despacho aduaneiro³⁴. Além disso, utiliza-se IA na fiscalização do Imposto de Renda para fins de cruzamento de dados dos contribuintes declarados em diversas obrigações acessórias, com o fito de encontrar eventuais inconsistências, e na fiscalização do ICMS, por alguns estados da federação³⁵, dentre outros. Esses sistemas, na área fiscal, são capazes de promover um aumento considerável da eficiência, auxiliando a autoridade a encontrar erros em declarações entregues pelos contribuintes, indicando contribuintes selecionados para uma inspeção mais precisa, bem como realizando a avaliação inicial de grande parte dos ingressos aduaneiros³⁶.

Essa tecnologia pode facilitar a delegação de tarefas e a solução de problemas³⁷, diminuindo a atuação humana direta em atividades consideradas como delegáveis, o que propicia a destinação dos recursos humanos, com maior tempo e maior qualidade, para

³¹ STF. Ministra Rosa Weber lança robô Vitória para agrupamento e classificação de processos. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=507426&ori=1>. Acesso em: 27 maio 2023.

³² STF. Inteligência artificial permitirá classificação dos processos do STF sob a ótica dos direitos humanos. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=487134&ori=1>. Acesso em: 30 maio 2023.

³³ SILVA, L.F.B. O uso da inteligência artificial no poder público brasileiro. p. 93-115. In: SADDY, André. Inteligência artificial e direito administrativo. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022. 604 p. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/82f6aecdd-0f24-44a9-a5ef-14495065751b>. Acesso em: 27 maio 2023. p. 111.

³⁴ LIETZ, B ENGELMANN, D; DAHLEM, J.P. Direitos Fundamentais dos Contribuintes, Administração Tributária e Inteligência Artificial. Revista de Direitos Fundamentais e Tributação, v. 3, p. 188-202, 2020. Disponível em: <http://www.rdf.com.br/revista/article/view/25/25>. Acesso em: 27 maio 2023. p. 191-192.

³⁵ MACHADO SEGUNDO, H.B. Tributação e inteligência artificial. Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 6, n. 1, 2020, p. 57-77. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_0057_0077.pdf. Acesso em 27 maio 2023. p. 67.

³⁶ MACHADO SEGUNDO, H.B. op. cit., p. 57.

³⁷ VALLE, V.L.. Inteligência artificial incorporada à Administração Pública: mitos e desafios teóricos. Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C, ano 24, n. 81, p. 179-200, jul./ set. 2020. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/123/41985/92452>. Acesso em: 27 maio 2023. p. 188-189.

outras funções. Ademais, permite-se que o usuário receba e transmita informações, produza dados e transforme-os em processo decisório, corroborando para uma administração mais eficiente e eficaz ao passo que se aprimoram os serviços públicos e utilizam-se os recursos da melhor forma possível³⁸.

Por meio de grandes bases de dados, os algoritmos também podem atuar em prol de políticas públicas, identificando padrões de comportamento de contribuintes, mapeando grupos populacionais que precisam de maiores cuidados na saúde, v.g., possibilitando uma atuação preventiva e não apenas reativa da administração pública³⁹. Seguindo essa ideia, o Governo Federal implantou a plataforma GovData⁴⁰, voltada para entes públicos, que possui como principal objetivo a criação de um ambiente único que concentra as principais bases de dados do governo, utilizando-se de conceitos de big data e de data analytics para promover a integração e concentração de dados⁴¹. Referida plataforma permite a análise, cruzamento, mineração de dados e consumo de informações em um só local, o que resultaria, segundo a proposta, na redução de custos e em maior agilidade na obtenção de dados e geração de informações para tomada de decisão⁴².

Deve-se reforçar que a IA funciona com inserção de grandes volumes de dados e, assim sendo, utiliza-se, inclusive, de dados pessoais para o desenvolvimento de suas atividades. Sobre esse aspecto, em razão do grau de afetação aos cidadãos, ainda que relevante o seu uso para o aprimoramento da atividade administrativa e para o cumprimento da eficiência e da boa administração⁴³, não podem ser esquecidos os potenciais riscos/impactos de seu uso no exercício dos direitos humanos e fundamentais, como a privacidade, o livre desenvolvimento da personalidade e a proteção de dados, por exemplo.

4. Proteção de Dados, Separação Informacional e Riscos do Uso de IA no Poder Público

³⁸ FIGUEIREDO, C.R.B.; CABRAL, F.G. Inteligência artificial: Machine learning na Administração Pública. *International Journal of Digital Law*, v. 1, n. 1, p. 79-96, 2020. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/figueiredov1n1>. Acesso em: 24 maio 2023. p. 86-90.

³⁹ DE ARAUJO, V.S.; ZULLO, B.A.; TORRES, M. Big data, algoritmos e inteligência artificial na administração pública: reflexões para a sua utilização em um ambiente democrático. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 20, n. 80, p. 241-261, 2020. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/1219>. Acesso em: 27 maio 2023. p. 248.

⁴⁰ MF. SERPRO. Conheça o Gov Data. Disponível em: <https://www.loja.serpro.gov.br/govdata>. Acesso em: 27 maio 2023.

⁴¹ DE ARAUJO, V.S.; ZULLO, B.A.; TORRES, M. op. cit., p. 249.

⁴² MF. SERPRO. Conheça o Gov Data. op. cit.

⁴³ FIGUEIREDO, C.R.B.; CABRAL, F.G.. op. cit., p. 91.

Em consonância com as informações trazidas no capítulo anterior, no que toca à operacionalização de sistemas dotados de IA, a oferta de serviços públicos de forma digital é apenas um passo inicial na criação de um Governo Digital que se utiliza da coleta de grandes volumes de dados, desenvolvimento de aplicações dotadas de aprendizado de máquina e autoprogramação, bem como usufrui de big data⁴⁴ e tratamento de grande volume de dados⁴⁵.

Sistemas de IA necessitam de volume de dados e de relevante capacidade computacional, na modalidade força bruta, para alcançarem alta performance. À vista da sua relevância para o desenvolvimento de um governo mais eficiente, inclusive, a Lei nº 14.129/2021⁴⁶, ao tratar sobre o Governo Digital e a eficiência pública, estabelece que as entidades responsáveis por prestar serviços públicos de forma digital devem gerir suas políticas públicas com base em dados e em evidências, mediante emprego de inteligência de dados em plataforma digital⁴⁷. Por óbvio, evidencia-se a imprescindibilidade de um emolduramento, constitucional, jurisprudencial, convencional e legal.

Portanto, como ponto focal da promoção de uma administração pública digitalizada e mais eficiente, há o uso de dados de cidadãos e o compartilhamento de dados coletados entre órgãos públicos, questões estas que acendem o alerta sobre a possibilidade de avanços na eficiência administrativa se darem ao arripio de eventuais lesões a direitos fundamentais dos cidadãos, como a privacidade e a proteção de dados, bem como sem a devida observância da separação informacional de poderes.

Ocorre que, com o desenvolvimento tecnológico e o uso de IA, observou-se a intensificação do fluxo de informações e o Estado passou a gerir – e compartilhar – uma quantidade cada vez mais elevada, obtida de forma mais sutil e pervasiva, de dados dos administrados⁴⁸. Indica-se que, deste modo, para a constitucionalização do emprego de IA pelo poder público, exige-se, para além da conformação aos dispositivos da Lei Geral de

⁴⁴ Sales Sarlet e Molinaro indicam que big data “é um dos principais elementos do debate contemporâneo sobre as mudanças sociais induzidas tecnologicamente” e que “a palavra descreve um tratamento de grandes quantidades de dados que visa reconhecer padrões e obter novas percepções a partir deles”. Vide: SALES SARLET, G.; MOLINARO, C. A. Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de big data. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*. v. 13, n. 41, p. 183–212, 2020. p. 183-184.

⁴⁵ SOARES, BN.P. RODRIGUES R. Inteligência artificial e a concretização do direito fundamental à boa administração pública digital. 2023. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2023. Disponível em: <https://ri.ufs.br/handle/riufs/17334>. Acesso em: 27 maio 2023. p. 101.

⁴⁶ BRASIL. Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021. Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública (...). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14129.htm. Acesso em: 27 maio de 2023.

⁴⁷ SOARES, BN.P. RODRIGUES R. op. cit., p. 101.

⁴⁸ DE ARAUJO, V.S.; ZULLO, B.A.; TORRES, M. Big data, algoritmos e inteligência artificial na administração pública: reflexões para a sua utilização em um ambiente democrático. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 20, n. 80, p. 241-261, 2020. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1219>. Acesso em: 27 maio 2023. p. 242.

Proteção de Dados (LGPD) e às diretrizes da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)⁴⁹, o enfrentamento de dois pontos, quais sejam, a segurança contra vazamentos e acessos maliciosos de terceiros, bem como a adequação à governança algorítmica constitucionalmente adequada dos dados alimentados por diversos órgãos e entidades públicas, não admitindo-se que o uso da IA pela máquina pública se dê sem observância à proteção de dados dos cidadãos ou mediante violações e arbitrariedades.

É dever da administração pública, pois, assegurar a conformidade dos seus sistemas com os regramentos vigentes sobre privacidade e proteção de dados, garantindo a segurança contra acessos não autorizados por meio de mecanismos adequados. Ademais, tratando-se de tratamento de dados pelo poder público, este deve ser restrito à execução de competências legais e cumprimento de atribuições do serviço público, em linha com a LGPD⁵⁰.

No que toca ao compartilhamento de informações, Ingo Sarlet e Gabrielle Sarlet⁵¹ indicam a necessidade de vedação de bases de dados comuns com compartilhamento ilimitado entre os entes estatais, modo a assegurar a separação informacional dos poderes. A separação informacional de poderes, segundo os autores, consiste na ressignificação “da semântica do princípio da divisão de poderes (artigo 2º CF) à luz do constitucionalismo digital, tendo em vista o atual estado de compartilhamento dos dados em poder do Estado”, implicando na divisão das diversas áreas de atuação estatal, modo a obedecer a um preceito fundamental e impedir a violação das exigências do Estado Democrático de Direito⁵².

A limitação é essencial, portanto, para a construção de um Estado Democrático Digital de Direito, que requer mecanismos eficazes contra a centralização e controle informacional, ainda mais no que toca ao compartilhamento ilimitado de dados pessoais sem a proteção adequada⁵³, visando impedir a concentração de poder e o acirramento da relação assimétrica entre o cidadão e o Estado. A coleta e tratamento de dados na administração pública tem se

⁴⁹ Vide LGPD: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm; Vide Guia Orientativo ANPD: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-poder-publico-anpd-versao-final.pdf>.

⁵⁰ TEIXEIRA, R.L.C.J.. Diretrizes ético-jurídicas aplicáveis ao design e uso da inteligência artificial pela administração pública. p. 311-348. *In*: SADDY, André. Inteligência artificial e direito administrativo. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022. 604 p. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/82f6aec0-0f24-44a9-a5ef-14495065751b>. Acesso em: 27 maio 2023. p. 339-340.

⁵¹ SARLET, I.W.; SALES SARLET, G.B. Separação informacional de poderes e devido processo informacional. *Revista Consultor Jurídico*. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-13/direitos-fundamentais-separacao-informacional-poderes-devido-processo-informacional-ordem-juridico-constitucional-brasileira>. Acesso em: 27 maio 2023.

⁵² SARLET, I.W.; SALES SARLET, G.B. Separação informacional de poderes no direito constitucional brasileiro. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil, 2022. 74p. Disponível em: https://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/24870/2/Separao_Informacional_de_Poderes_no_Direito_Constitucional_brasileiro.pdf. Acesso em: 27 maio 2023. p. 28.

⁵³ S SARLET, I.W.; SALES SARLET, G.B. Separação informacional de poderes e devido processo informacional. *op. cit.*

mostrado inevitável e inclusive necessária para a efetivação da eficiência e da boa administração pública, em consonância com o exposto no presente trabalho, contudo, isso não significa que possa ser realizada sem balizas éticas, técnicas e jurídicas⁵⁴.

O STF, na análise da ADI 6529, estabeleceu limitação ao compartilhamento de dados ao definir que o Sistema Brasileiro de Inteligência (Sisbin) somente poderia fornecer dados e conhecimentos específicos à Agência Brasileira de Inteligência (Abin) em situação de comprovado interesse público, além de que qualquer decisão de fornecimento desses dados deveria ser motivada formalmente, modo a possibilitar o controle de legalidade pelo poder judiciário, se necessário⁵⁵. Adicionalmente, ao julgar a ADI 6649, o tribunal se pronunciou no sentido da necessidade de limitação do compartilhamento de dados, indicando que o compartilhamento de dados pessoais entre entes públicos exige: a) eleição de propósitos legítimos, específicos e explícitos; b) compatibilidade com as finalidades informadas; c) limitação do compartilhamento ao mínimo necessário; d) cumprimento integral dos requisitos, garantias e procedimentos na LGPD, no que for compatível com o setor público⁵⁶.

5. Considerações Finais

Mediante o presente estudo foi possível constatar que, pelo princípio da eficiência e em linha com a ideia de Governo Digital, não se admite que a administração pública simplesmente renuncie ao avanço tecnológico. Ademais, obteve-se a confirmação da hipótese inicial de estudo, verificando-se que o uso de IA pelo poder público aprimora a eficiência administrativa e é um mecanismo na efetivação do direito fundamental à boa administração, contudo, também traz riscos aos direitos fundamentais como a privacidade e a proteção de dados, bem como, em caso de compartilhamento irrestrito de dados, afeta a separação informacional de poderes, essencial ao Estado Democrático (Digital) de Direito.

Oportuno ressaltar que, embora evidenciem-se ganhos de eficiência no uso de IA pela administração pública, estes não podem ser obtidos mediante lesão à repartição das competências, devendo se dar mediante o emprego de tecnologia capaz de assegurar a integridade das informações, a adequada solidez, a segurança do administrado e a própria

⁵⁴ SARLET, I.W.; SALES SARLET, G.B. Separação informacional de poderes e devido processo informacional. Revista Consultor Jurídico. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-13/direitos-fundamentais-separacao-informacional-poderes-devido-processo-informacional-ordem-juridico-constitucional-brasileira>. Acesso em: 27 maio 2023.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6529. Relator Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF. Julgado em: 11 out. 2021. Publicado em: 22 out. 2021.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6649. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF. Julgado em: 15 set. 2022. Publicado em: 26 set. 2022.

cidadania⁵⁷. Em síntese, as aplicações de IA, uma vez sendo introduzidas na atuação do poder público, devem necessariamente estar imbuídas de habilidades de transformação social na qualidade de ferramentas cívicas de resgate da confiança e de empoderamento da população.

Diante disto, eventual compartilhamento de dados entre órgãos do poder público, para que ocorra em linha com os deveres da administração, deve estar regulado por lei e ser pautado, por sua vez, pela separação informacional de poderes⁵⁸, de sorte que sejam alcançados os resultados compatíveis com a paleta de deveres e de direitos constitucionalmente reconhecidos.

Referências Bibliográficas

AGOSTINI, A.L.C. A inteligência artificial no poder público. *Anais de Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade*, v. 7, n. 1, p. 219-238, 2020. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/acts/article/view/17138>. Acesso em: 27 maio 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021. Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública (...). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14129.htm. Acesso em: 27 maio de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6649. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF. Julgado em: 15 set. 2022. Pub. em: 26 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6529. Relator Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF. Julgado em: 11 out. 2021. Pub. em: 22 out. 2021.

BREGA, J.F.F. Governo eletrônico e direito administrativo. 2012. 335f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-06062013-154559/pt-br.php>. Acesso em: 27 maio 2023.

COSTA, M.B; BASTOS, P.R.L. Alice, Monica, Adele, Sofia, Carina e Ágata: o uso da inteligência artificial pelo Tribunal de Contas da União. *Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás*, v. 2, n. 3, 2020. Disponível em: <https://revcontext.tce.go.gov.br/index.php/context/article/view/59>. Acesso em: 27 maio 2023.

DE ARAUJO, V.S.; ZULLO, B.A; TORRES, M. Big data, algoritmos e inteligência artificial na administração pública: reflexões para a sua utilização em um ambiente democrático. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 20, n. 80, p. 241-261, 2020.

⁵⁷ SARLET, I.W; SALES SARLET, G.B. Separação informacional de poderes no direito constitucional brasileiro. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil, 2022. 74p. Disponível em: https://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/24870/2/Separao_Informacional_de_Poderes_no_Direito_Constitucional_brasileiro.pdf. Acesso em: 27 maio 2023. p. 37.

⁵⁸ SARLET, I.W; SALES SARLET, G.B. Separação informacional de poderes no direito constitucional brasileiro. op. cit., p. 37-38.

Disponível em: <http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/1219>. Acesso em: 27 maio 2023.

DESORDI, D; BONA, C.D. A inteligência artificial e a eficiência na administração pública. *Revista de Direito*, v. 12, n. 02, p. 01–22, 2020. DOI: 10.32361/202012029112. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/9112>. Acesso em: 26 maio 2023.

FIGUEIREDO, C.R.B; CABRAL, F.G. Inteligência artificial: Machine learning na Administração Pública. *International Journal of Digital Law*, v. 1, n. 1, p. 79-96, 2020. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/figueiredov1n1>. Acesso em: 24 maio 2023.

ISMAIL FILHO, S. Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, n. 3, p. 105–137, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77679>. Acesso em: 25 maio 2023.

KOHL, C.C.; LEAL, M.C.H. Boa administração pública e fundamentos constitucionais das políticas públicas na perspectiva do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 7, n. 2, p. 188-196, 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5162300>. Acesso em: 26 maio 2023.

LIETZ, B; ENGELMANN, D; DAHLEM, J.P. Direitos Fundamentais dos Contribuintes, Administração Tributária e Inteligência Artificial. *Revista de Direitos Fundamentais e Tributação*, v. 3, p. 188-202, 2020. Disponível em: <http://www.rdf.com.br/revista/article/view/25/25>. Acesso em: 27 maio 2023.

MACHADO SEGUNDO, H.B. Tributação e inteligência artificial. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 6, n. 1, 2020, p. 57-77. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_0057_0077.pdf. Acesso em: 27 maio 2023.

MF. SERPRO. Conheça o Gov Data. Disponível em: <https://www.loja.serpro.gov.br/govdata>. Acesso em: 27 maio 2023.

MUNIZ, C.C.B. O princípio da eficiência na administração pública brasileira. *Prisma Jurídico*, v. 6, p. 85-100, 2007. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/1130/858>. Acesso em: 26 maio 2023.

OECD. A Caminho da Era Digital no Brasil. OECD Publishing, Paris, 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/brazil/a-caminho-da-era-digital-no-brasil-45a84b29-pt.htm>. Acesso em: 30 maio 2023.

RUSSELL, S.J.; NORVIG, P. Inteligência artificial. 3. ed. Tradução por Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: LTC, 2021.

SARLET, I.W; SALES SARLET, G.B. Separação informacional de poderes e devido processo informacional. *Revista Consultor Jurídico*. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-13/direitos-fundamentais-separacao-informacional-poderes-devido-processo-informacional-ordem-juridico-constitucional-brasileira>. Acesso em: 27 maio 2023.

SARLET, I.W; SALES SARLET, G.B. Separação informacional de poderes no direito constitucional brasileiro. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil, 2022. 74p. Disponível em:

https://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/24870/2/Separao_Informacional_de_Poderes_no_Direito_Constitucional_brasileiro.pdf. Acesso em: 27 maio 2023.

SILVA, F.M.; *et al.* Inteligência Artificial. Porto Alegre: SAGAH, 2019.

SILVA, L.F.B. O uso da inteligência artificial no poder público brasileiro. p. 93-115. *In*: SADDY, André. Inteligência artificial e direito administrativo. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022. 604 p. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/82f6aecf-0f24-44a9-a5ef-14495065751b>. Acesso em: 27 maio 2023.

SOARES, B.N.P.R.R.. Inteligência artificial e a concretização do direito fundamental à boa administração pública digital. 2023. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2023. Disponível em: <https://ri.ufs.br/handle/riufs/17334>. Acesso em: 27 maio 2023.

SOUZA, A.M.A. Administração pública 4.0 - A mudança por meio da blockchain e da inteligência artificial. p. 51-92. *In*: SADDY, André. Inteligência artificial e direito administrativo. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022. 604 p. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/82f6aecf-0f24-44a9-a5ef-14495065751b>. Acesso em: 27 maio 2023.

STF. Inteligência artificial permitirá classificação dos processos do STF sob a ótica dos direitos humanos. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=487134&ori=1>. Acesso em: 30 maio 2023.

STF. Ministra Rosa Weber lança robô Vitória para agrupamento e classificação de processos. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?IdConteudo=507426&ori=1>. Acesso em: 27 maio 2023.

STF. Projeto Victor avança em pesquisa e desenvolvimento para identificação dos temas de repercussão geral. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331&ori=1>. Acesso em: 27 maio 2023.

TEIXEIRA, A.V.; NEVES, I.F. O Direito Fundamental à Boa Administração Pública e o mito da Supremacia do Interesse Público: Os Direitos Fundamentais como delimitação do interesse público. *Revista Jurídica (FURB)*, v. 20, n. 41, p. 79-102, 2016. Disponível em: <https://bu.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/5566>. Acesso em: 26 maio 2023.

TEIXEIRA, R.L.C.J. Diretrizes ético-jurídicas aplicáveis ao design e uso da inteligência artificial pela administração pública. p. 311-348. *In*: SADDY, André. Inteligência artificial e direito administrativo. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022. 604 p. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/82f6aecf-0f24-44a9-a5ef-14495065751b>. Acesso em: 27 maio 2023.

VALLE, V.L.. Inteligência artificial incorporada à Administração Pública: mitos e desafios teóricos. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C*, ano 24, n. 81, p. 179-200, jul./ set. 2020. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/123/41985/92452>. Acesso em: 27 maio 2023.

Desenvolvimento Urbano Sustentável: Um Ambiente de Integração e Inovação para a Obtenção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais

Sustainable Urban Development: An Integration and Innovation Environment to Obtain Human Rights and Fundamental Freedoms

Gabriela Soldano Garcez¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A necessária sustentabilidade nas cidades para as presentes e futuras gerações 3. Fatores centrais para a criação de cidades sustentáveis com base nos ODS. 4. Cidades Sustentáveis: um ambiente de integração e inovação voltado para a eficiência urbana. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

Resumo: As cidades são centros de cultura, ciência, comércio, produtividade, movimentos sociais, produção industrial, desenvolvimento ambiental e econômico, bem como são o lar de avanços sociais e tecnológicos, que possibilitam a obtenção de diversos direitos humanos básicos (como, por exemplo, saúde, educação, lazer, moradia digna, trabalho, entre outros). Ou seja, auto-organizadas, adaptativas e em constante evolução, as cidades desempenham um papel essencial na obtenção dos benefícios sociais e econômicos, que viver em grandes centros urbanos proporciona. Entretanto, são também extremamente sensíveis às ações humanas, sofrendo todo tipo de degradação ambiental (que podem perdurar por gerações). Nesta linha de raciocínio, o presente artigo pretende (através de uma análise crítico-dedutiva, feita por meio de referencial bibliográfico a respeito das temáticas) avaliar os principais indicadores para a construção de uma cidade sustentável, de acordo com a Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas, principalmente no que se refere ao Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) de nº. 11 (que trata justamente das cidades resilientes), indicando a importância de um sistema de governança integrado com participação de todos os atores sociais interessados (inclusive da população local) para a obtenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Ou seja, demonstra a importância de uma ação estratégica (desenvolvida com participação ativa popular, fomentada por meio de educação ambiental) para a promoção da sustentabilidade nos centros urbanos.

Palavras-chave: Meio Ambiente Urbano; Desenvolvimento Sustentável; Educação Ambiental; Governança; Participação.

Abstract: Cities are centers of culture, science, commerce, productivity, social movements, industrial production, environmental and economic development, as well as being home to social and technological advances, which make it possible to obtain several basic human rights (such as, for example, health, education, leisure, decent housing, work, among others). That is, self-organized, adaptive and constantly evolving, cities play an essential role in obtaining the social and economic benefits that living in large urban centers provides. However, they are also extremely sensitive to human actions, suffering all kinds of environmental degradation (which can last for generations). In this line of reasoning, this article intends (through a critical-deductive analysis, carried out through bibliographic references regarding the themes) to evaluate the main indicators for the construction of a sustainable city, according to the Agenda 2030, of the Organization of the United Nations, mainly with regard to the Sustainable Development Goals (SDGs) no. 11 (which deals

¹ Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Católica de Santos. Pós-doutora pela Universidade Santiago de Compostela/Espanha, e, pela Universidade de Coimbra/Portugal. Vice coordenadora do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos e Vulnerabilidades”, e, da Cátedra Sergio Vieira de Melo, ambos registrados junto à Universidade Católica de Santos.

precisely with resilient cities), indicating the importance of an integrated governance system with the participation of all interested social actors (including the local population) to obtain an ecologically balanced environment for present and future generations. That is, it demonstrates the importance of a strategic action (developed with active popular participation, fostered through environmental education) to promote sustainability in urban centers.

Keywords: Urban Environment; Sustainable development; Environmental education; Governance; Participation.

1. Introdução

As cidades são centros em ebulição de cultura, ciência, comércio, produtividade, movimentos sociais, produção industrial, entre outros itens essenciais e qualificadores de qualidade de vida e dignidade², pois, neles, ocorre em alta velocidade o desenvolvimento econômico e social, tendo em vista que são os locais capazes de fornecer suporte social e tecnológico para avanços científicos essenciais à vida humana.³

Neste sentido, as cidades são auto-organizadas, adaptativas e em constante evolução, ao mesmo tempo em que, desempenhando um papel importante na maximização dos benefícios (de se viver em sociedade e em espaços urbanos), as cidades são simultaneamente sensíveis às ações humanas, sofrendo com a falta de conscientização, educação e informação em vários níveis (principalmente no que se refere ao desenvolvimento sustentável e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como, por exemplo, o esgotamento dos recursos naturais, pressão sobre a produção e disponibilidade de recursos essenciais (como, por exemplo, água potável, alimentos e energia), danos ao meio ambiente urbano, além de crises financeiras, econômicas e sanitárias).

O que somente demonstra, mais uma vez, a necessidade de transformar as cidades e os ambientes urbanos de hoje em cidades sustentáveis, movimento essencial para a manutenção da qualidade da vida.⁴

Este debate sobre o desenvolvimento sustentável em meios urbanos ganhou destaque na segunda metade do século XXI⁵, devido à preocupação com hábitos de consumo

² SOFESKA, E. Relevant factors in sustainable urban development of urban planning methodology and implementation of concepts for sustainable planning (planning documentation for the master plan Skopje 2001–2020). *Procedia Environ Sci*, 34, p. 140–151, 2016.

³ ZHANG, X.; LI, H. Urban resilience and urban sustainability: what we know and what do not know? *Cities* 72(A), p. 141–148, 2018.

⁴ SINAKOU, E.; PAUW, J.B.; GOOSSENS, M., PETEGEM, P. V. Academics in the field of education for sustainable development: their conceptions of sustainable development. *J Clean Prod*, 184, p. 321–332, 2018.

⁵ DURAN, D.C.; ARTENE, A.; GOGAN, L.M.; DURAN, V. The objectives of sustainable development - ways to achieve welfare. *Procedia Econ Finan*, 26, p. 812–817, 2015.

e esgotamento de recursos, além de danos ao meio ambiente, que podem provocar, inclusive, crises financeiras e econômicas.⁶

Nesta linha de raciocínio, o presente artigo visa, através de uma análise crítico-dedutiva, feita por meio de referencial bibliográfico, analisar as principais necessidades de uma cidade para torná-la sustentável, tendo como base uma avaliação multi e inter disciplinar, fomentada por meio de governança, indicando, assim, como decisões importantes podem ser tomadas com base em princípios de cooperação para uma melhor compreensão e construção da sustentabilidade a longo prazo.⁷

Em seguida, este artigo demonstra a importância da ação estratégica, realizada por meio de governança, através da participação ampliada, inclusive por parte dos cidadãos, com a edificação de conscientização, através de educação ambiental, para um “crescimento” verde⁸, nos termos de diversos documentos internacionais ao longo do tempo, como o relatório Brundtland⁹ (que conceitua pela primeira vez o desenvolvimento sustentável, como sendo aquele que atende às necessidades atuais, sem comprometer as gerações futuras, num verdadeiro espírito ético pregado pelo princípio da solidariedade intergeracional), a Agenda 21 – com a criação dos Objetivos do Desenvolvimento do Milênio - ODM, e a Agenda 2030 – com a reformulação dos objetivos, que passam a ser chamados de Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – ODS.

Isso porque, justamente um dos ODS (o de nº. 11) é tornar as cidades e os assentamentos humanos mais inclusivos, seguros, resilientes e sustentável, tendo em vista que a maioria da população humana atualmente já vive em grandes centros urbanos. Esse crescimento exacerbado da população urbana pode causar pressão sobre a produção e disponibilidade de recursos essenciais, como água, alimentos e energia.

Portanto, a justificativa do presente artigo está no fato de que, é preciso discutir qual é a importância de entender quais são os principais fatores determinantes para uma cidade sustentável (a partir de uma avaliação multidisciplinar, tendo em vista que o próprio meio ambiente é um espaço de atuação e estudo inter e multidisciplinar), de modo a permitir melhores decisões de políticas públicas para aproveitamento dos recursos disponíveis nas mais diferentes áreas de atuação, ou seja, que possibilite a criação de ferramentas de apoio às decisões para a edificação de cidades sustentáveis, de forma a garantir qualidade de vida para

⁶ Yanarella, E.J.; Levine, R.S. Does sustainable development lead to sustainability? *Futures*, 24(8), p. 759–774, 1992.

⁷ KLOPP, J.M.; PETRETTA, D.L. The urban sustainable development goal: indicators, complexity and the politics of measuring cities. *Cities*, 63, p. 92–97, 2017.

⁸ KIDD, C.V. The evolution of sustainability. *J Agric Environ Ethics*, 5(1), p. 1–26, 1992

⁹ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Getúlio Vargas, 1991.

as presentes e futuras gerações dentro das cidades, além de outros direitos humanos básicos relacionados ao meio ambiente urbano (como, por exemplo, saúde, educação, lazer, moradia digna, entre outros).

2. A necessária Sustentabilidade nas Cidades para as Presentes e Futuras Gerações

Segundo relatório da Organização das Nações Unidas (ONU), denominado “2014 Revision of World Urbanization Prospects”, o planeta passou por um rápido processo de urbanização nas últimas seis décadas. Atualmente, 54% da população mundial vive em áreas urbanas, o que já representa a maioria dos cidadãos, tendo em vista que em 1950 apenas 30% da população era urbana. Tal proporção aumentará para 66% até o ano de 2050, o que fará com quem mais de 2,5 milhões de pessoas passem a viver em áreas denominadas urbanizadas.¹⁰

O modelo urbano adotado por uma cidade tem de adaptar-se as necessidades da população, em razão das modificações e da dinamização exigida por estes em relação ao ambiente em que vivem e convivem, que demonstra através dos anos estar em crescente atualização.

As cidades são entendidas como comunidades sob uma determinada delimitação administrativa, geralmente associados a seus habitantes, com fatores ambientais e socioeconômicos que também fazem parte de sua caracterização¹¹, como infraestrutura, instalações, educação, saúde, espaços abertos ao público e comerciais, indústrias e fábricas, amenidades cívicas, cuidado, habitação, transporte, emprego, entre outros itens indispensáveis a uma vida digna, beneficiando todos os setores da sociedade.

Ademais, os critérios para se avaliar se determinada área pode ser considerada urbana, trata-se da combinação de elementos imprescindíveis para uma cidade, como, por exemplo, a densidade geográfica, a presença de infraestrutura básica (como energia elétrica, água encanada, esgoto e transporte público) e concentração da atividade econômica, além de serviços indispensáveis, como educação e saúde¹².

Do incremento populacional decorre a ampliação do espaço urbano e o surgimento de problemas característicos, como, por exemplo, congestionamento, desemprego, violência urbana, poluição, mudanças climáticas, industrialização, falta de espaço territorial para

¹⁰ UNITED NATIONS - DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS. World Urbanization Prospects the 2014 Revision Highlights. New York: United Nations, 2014. Disponível no site: <<http://esa.un.org/unpd/wup/Publications/Files/WUP2014-Highlights.pdf>>. Acesso em: 19 mai. 2023.

¹¹ JURASCHEK, M.; BUCHERER, M.; SCHNABEL, F.; HOFFSCHROER, H.; VOSSEN, B.; KREUZ, F.; THIEDE, S.; HERRMANN, C. Urban factories and their potential contribution to the sustainable development of cities. *Procedia Cirp*, 69, p. 72–77, 2018.

¹² UNITED NATIONS - DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS. Op. cit.

abrigar novos moradores, criação de assentamentos irregulares, desperdício de água, mal uso de efluentes, despejo de resíduos sólidos, enchentes, entre outros. Ou seja, a urbanização descontrolada pode trazer diversos efeitos negativos, como desastres naturais, mudanças climáticas, crises políticas, instabilidade alimentar e ataques terroristas.¹³

A urbanização sustentável não é apenas converter ambientes em espaços não modificados (ou modicáveis ao longo do tempo) ou terras agrícolas para construir cidades¹⁴; mas envolve mudanças radicais na forma, metabolismo, economia e demografia nos ecossistemas urbanos¹⁵, como reestruturação de assentamentos ou conversão sustentável de grandes centros urbanos¹⁶.

Assim, planejar a sustentabilidade em nível de cidade permite que a elaboração de visões de futuro de forma acessível e sustentável, considerando todos os aspectos que envolvem economia, sociedade e meio ambiente, além de interagir com escalas geográficas diferentes¹⁷.

Esta realidade exige a adoção de uma nova sistemática nas cidades, através de um planejamento urbano adequado que represente e incremente a produtividade, a qualificação e a identidade das cidades, consideradas como “organismos vivos”, revitalizando pontos enfraquecidos e criando novos estímulos, necessários para a manutenção da eficiência da cidade através do fornecimento de serviços urbanos adequados, além de conferir qualidade de vida e meio ambiente para seus habitantes.

Assim, é necessária a criação e o desenvolvimento de infraestrutura e de políticas públicas que permitam tal crescimento sem implicar na diminuição dos benefícios que viver na cidade pode representar, incluindo-se o desenvolvimento sustentável.

The process of urbanization historically has been associated with other important economic and social transformations, which have brought greater geographic mobility, lower fertility, longer life expectancy and population ageing. Cities are important drivers of development and poverty reduction in both urban and rural areas, as they concentrate much of the national economic activity, government, commerce and transportation, and provide crucial links with rural areas, between cities, and across international borders. Urban living is often associated with higher levels of literacy and education, better health, greater access to

¹³ ZHANG, X.; LI, H. Op. cit.

¹⁴ PICKETT, S.T.A.; BOONE, C.G.; MCGRATH, B.P.; CADENASSO, M.L.; CHILDERS, D.L.; OGDEN, L.A.; MCHALE, M.; GROVE, M. Ecological science and transformation to the sustainable city. *Cities*, 32, p. 10–20, 2013.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ BIBRI, S.E. A foundational framework for smart sustainable city development: theoretical, disciplinary, and discursive dimensions and their synergies. *Sustain Cities Soc*, 38, p. 758–794, 2018.

social services, and enhanced opportunities for cultural and political participation¹⁸.

Nesse contexto, é cada vez mais crucial que se alcance que os objetivos de sustentabilidade para garantir o bem-estar de toda a população.

O conceito de cidades sustentáveis exige, portanto, o compromisso de melhorar e preservar a qualidade de vida urbana para as presentes e futuras gerações, garantindo as necessidades básicas de todos, bem como leva em consideração a proteção ambiental e ecológica (integrando espaços verdes com o crescimento urbano de forma resiliente)¹⁹. Dessa forma, uma cidade sustentável não deve apenas integrar métodos para mitigar seus efeitos sobre o meio ambiente, mas também se tornar um espaço que promova uma melhor qualidade de vida para os cidadãos, promovendo a participação ativa da população no desenvolvimento dos meios para satisfazer as suas necessidades de forma sustentável²⁰.

Ou seja, nada mais é do que a aplicação de um conjunto de abordagens para a prática do conhecimento de sustentabilidade no meio urbano, com a aquisição de tecnologias relacionadas ao planejamento e projeto de cidades de forma adequada. Tais abordagens estão todas relacionadas aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), da Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas (ONU),

3. Fatores Centrais para a Criação de Cidades Sustentáveis com Base nos ODS

É possível selecionar alguns dos fatores principais que precisam estar presentes para que as cidades possam ser chamadas de sustentáveis e resilientes, nos termos no ODS 11, da Agenda 2030, que procura: “Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis”²¹. Tratam-se de eixos relacionados ao tripé essencial da sustentabilidade: econômico, social e ambiental.

No eixo econômico, os principais fatores são: a) governança, como sendo aquela que consiste em praticar o diálogo entre os mais diferentes setores econômico, social e ambiental, que possui como resultado principal a criação de melhores políticas públicas “verdes” (que tragam mais benefícios aos cidadãos, como, por exemplo, melhorias para o transporte

¹⁸ UNITED NATIONS - DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS. Op. cit.

¹⁹ BIBRI, S.E. Op. Cit.

²⁰ MARTOS, A.; PACHECO-TORRES, R.; ORDONEZ, J.; JADRAQUE-GAGO, E. Towards successful environmental performance of sustainable cities: intervening sectors. A review. *Renew Sustain Energy Rev*, 57, p. 479–495, 2016.

²¹ ONU BRASIL. Agenda 2030: Transformando nosso mundo. 2015. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel>>. Acesso em: 18 mai. 2023.

público com a redução das emissões de gases poluentes²², produção de construções sustentáveis, planejamento urbano, desenvolvimento de mobilidades alternativas – como as ciclovias); b) transporte: como, por exemplo, o interesse em estudar uso de energia, emissão de substâncias tóxicas e nocivas, perturbação de áreas naturais, poluição sonora, segurança no trânsito, contribuição do setor de transporte para o bem-estar econômico e acessibilidade²³; e, por fim, c) acesso a bens públicos: neste caso, deve-se levar em consideração a importância da tecnologia para o desenvolvimento de um futuro mais sustentável, bem como o fato de grandes parcelas da população ser excluída do acesso à tecnologia ou mesmo aos recursos básicos de subsistência (como saneamento básico ou assistência à saúde)²⁴, ou seja, grande parcela da sociedade ainda não está incluída nos avanços do desenvolvimento sustentável. Ademais, é também referente a este fator que estão relacionados os direitos humanos e liberdade fundamentais básicas, como é o caso do acesso à educação, à saúde e à segurança.

No eixo social: a) transparência: que diz respeito à necessidade de honestidade, ligada a projetos como combate à corrupção e transações ilegais ou responsabilidade financeira, o que permite a possibilidade de desenvolvimento econômico, finanças públicas e justiça social e/ou distributiva. É possível, inclusive, falar em transparência no contexto das mudanças climáticas, ao apoiar uma melhor justiça climática, garantindo o uso adequado dos recursos financeiros provenientes de fundos climáticos²⁵; b) igualdade social: que tende a refletir a capacidade de gerar benefícios iguais para a comunidade local, incluindo empregos, segurança alimentar, distribuição igualitária de renda, diminuição da mortalidade infantil, oportunidades para todos e inclusão de populações vulneráveis, além de outros itens indispensáveis²⁶, ou seja, possibilidade de qualidade de vida no meio urbano; e, por fim, c) envolvimento da comunidade, tendo em vista que a participação da sociedade é essencial para o desenvolvimento sustentável das cidades. Tome-se, neste caso, o exemplo da educação ambiental e do consumo sustentável.

²² ÖBERG, M.; NILSSON, K.L.; JOHANSSON, C.M. Complementary governance for sustainable development in transport: The European TEN-T Core network corridors. *Case Stud Transp Policy*, 6(4), p. 674–682, 2018.

²³PROGRAMA CIDADES SUSTENTÁVEIS. Disponível em: <<http://www.cidadessustentaveis.org.br/institucional/oprograma>>. Acesso em: 19 mai. 2023.

²⁴ CHAPMAN, A.; SHIGETOMI, Y. Developing national frameworks for inclusive sustainable development incorporating lifestyle factor importance. *J Clean Prod*, 200, p. 39–47, 2018.

²⁵ CIMPOERU, M.V. Budgetary transparency—an improving factor for corruption control and economic performance. *Procedia Econ Finan*, 27, p. 579–586, 2015.

²⁶ VALENTI, W.C.; KIMPARA, J.M.; PRETO, B.D.L.; MORAES-VALENTI, P. Indicators of sustainability to assess aquaculture systems. *Ecol Ind*, 88, p. 402–413, 2018

Enquanto que, no eixo ambiental, encontram-se: resíduos (no que diz respeito à destinação adequada de todo este material, inclusive com possibilidade de políticas públicas de reciclagem e de redução da sua produção, saneamento básico)²⁷, uso do solo (que influencia diretamente os serviços dos ecossistemas ambientais, como por exemplo, provisão de comida, regulação climática, nutrientes e identidade cultural, inclusive no que se trata do ordenamento adequado do solo a partir da densidade urbana, com a criação de espaços verdes e acessibilidades)²⁸, emissão de gases de efeito estufa (relacionado às taxas de desmatamento e de liberação de carbono na atmosfera, através de políticas voltadas à redução de CO₂, poluição industrial e qualidade do ar), energia (que aborda intrinsecamente questões urbanas como produtividade, conforto, economia monetária ou competição energética, com políticas públicas voltadas à energia renovável e consumo sustentável)²⁹ e recursos hídricos (que, claramente, trata-se de uma dos recursos finitos e escassos mais essenciais ao meio ambiente e à vida humana, relacionando-se diretamente com saneamento básico e água potável, devendo relacionar-se a desperdício de água, eficiência hídrica, abastecimento público de água).

Percebe-se que, tais fatores são, na verdade, abordados de forma multidisciplinar e multi criterial, pois estão conectados uns aos outros. Todos devem ser conferidos de forma integral, para que o cidadão tenha acesso a um meio ambiente urbano saudável, resiliente, sustentável, nos termos da Agenda 2030.

4. Cidades Sustentáveis: um Ambiente de Integração e Inovação Voltado para a Eficiência Urbana

Resta claro, portanto, a necessidade de gestão adequada da cidade e da expansão urbana com o uso adequado das tecnologias disponíveis.

Nesta sistemática moderna ganha espaço a premissa adotada pelas denominadas Smart Cities, que procuram conceber um modelo de sustentabilidade urbana, aliada as novas possibilidades proporcionadas pela conectividade e tecnologias (da informação e comunicação), implementando esse novo conceito em relação às cidades tradicionais (com a devida adaptação da eficiência com os recursos escassos disponíveis, sejam ambientais, financeiros ou de pessoal capacitado).

²⁷ WELIE, M.J.; ROMJIN, H.A. NGOs fostering transitions towards sustainable urban sanitation in low-income countries: insights from transition management and development studies. *Environ Sci Policy*, 84, p. 250–260, 2018.

²⁸ LAMBIN, E.F.; TURNER, B.L.; GEIST, H.J.; AGBOLA, S.B.; ANGELSEN, A.; BRUCE, J.W.; COOMES, O.T.; DIRZO, R.; FISCHER, G. The causes of land-use and land-cover change: moving beyond the myths. *Glob Environ Change* 11(4), p. 261–269 2001.

²⁹ MARTOS, A.; PACHECO-TORRES, R.; ORDONEZ, J.; JADRAQUE-GAGO, E. Op. cit.

As inovações tecnológicas e estruturais, bem como suas implementações, são condições intrínsecas ao desenvolvimento da sociedade em simbiose com as cidades e os recursos naturais ao seu redor. Esta característica convencionou-se chamar de Smart Cities, que buscam responder aos novos desafios globais através da evolução multidimensional, otimizando as cidades para dar eficiência no uso dos recursos e serviços disponíveis à população.

Entretanto, para a efetiva criação destas cidades são necessárias medidas basilares integradas para a elaboração de planos de governança que envolvam os mais diversos setores, como Organizações não governamentais, parcerias público-privadas, eventuais transferências de tecnologias, incentivos governamentais, tanto jurídicos quanto econômicos, visando a criação e efetivação de políticas públicas voltadas a proteção e defesa do meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado.

O avanço da concretização de um futuro baseado no sistema de desenvolvimento sustentável (conforme proposto pela Agenda 2030) somente será possível mediante esta conscientização da importância de defesa e proteção do meio ambiente, capaz de formar “agentes de mudança” comprometidos com melhores práticas ambientais, despertando os mais diversos atores sociais interessados a fazer uso de todos os instrumentos de proteção e defesa disponíveis para este direito indisponível.

Isso ocorre porque, a urbanização deve estar plenamente vinculada aos três pilares clássicos do desenvolvimento sustentável: desenvolvimento econômico, social e ambiental, com a promoção de inclusão, equidade e bem-estar para quem vive na urbe.

Dessa forma, uma Smart City alia corretamente sociedade, planejamento urbano, administração pública e uso de tecnologias disponíveis, formando uma infraestrutura inteligente a disposição da população, conectando, portanto, as diversas esferas que compõem uma cidade.

A Real Smart City is emerging as a structured organic whole, single urban entity, completeness, totality, and integral unity of its parts, components, constituents, as a technologically, socially, and economically integrated/connected urban eco system.³⁰

Trata-se, portanto, de uma cidade que possui pleno desenvolvimento urbano, auxiliado e promovido pelas tecnologias, que, neste sentido, torna-se agente efetivo de transformação da cidade, de acordo com as necessidades apresentadas.

³⁰ ABDOULLAEV, Azamat. A Smart World: A Development Model for Intelligent Cities - [The Trinity World of Trinity Cities]. EIS Encyclopedic Intelligent Systems/SMART GROUP, 2011. Disponível no site: <<http://www.cs.ucy.ac.cy/CIT2011/files/SMARTWORLD.pdf>>. Acesso em: 19 mai. 2023.

Percebe-se, portanto, que, com o crescente processo de industrialização, a partir do século XIX, desenvolvido e centrado nas chamadas “Ciências e Tecnologias”, bem como na temática “Tecnologias de Informação e Comunicação” (tome-se, como exemplo, o uso de ambiente virtual de aprendizagem, que oportuniza o acesso à informação), bem como diante do avanço, durante o século XX e XXI, no campo socioeconômico e político (que culminaram com movimentos sociais iniciados por meio de novas tecnologias, como as redes sociais), abre-se a possibilidade de melhor aproveitamento dos sistemas de educação e informação, o que representa não somente um avanço no aspecto científico e tecnológico, como também no âmbito histórico, de valores e atitudes dos indivíduos, diante de ações em coletividade para criação, planejamento e interferência na sociedade com a integração pedagógica da comunidade através de "um conjunto de tecnologias – formas de fazer e intervir no mundo da educação – conhecimentos e saberes fundamentais para olhar a educação de outras maneiras"³¹.

O conhecimento é essencial para a formação da educação ambiental, que é um dos instrumentos efetivadores do princípio da participação popular, porque, via de regra, educação se faz por meio de conscientização. Ou seja, a educação é um pressuposto indispensável à cidadania ambiental.

A Educação Ambiental está indubitavelmente ligada ao contexto de uma sociedade sustentável, servindo como base para a consecução das políticas públicas e, conseqüentemente, às transformações dos centros urbanos em cidades sustentáveis, através de uma reflexão crítica.

Trata-se da criação de “Saberes Ambientais”³², que levam às mudanças significativas no comportamento da população, tornando-se ferramenta indispensável para a garantia de um meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

É primordial garantir padrões ambientais adequados e incentivar uma crescente consciência ambiental, centralizada no exercício da cidadania e nos valores éticos e morais, individuais e coletivos, numa perspectiva orientada para o desenvolvimento sustentável.

Ademais, também deve constar como objetivo a ser perseguido o incentivo à participação individual e coletiva, permanente e responsável, na preservação do equilíbrio do meio ambiente, entendendo-se a defesa da qualidade ambiental como um valor inseparável do exercício da cidadania.

³¹ SANCHO, J. M.; HERNANDEZ, F. et al. (Org). Tecnologias para transformar a educação. Porto Alegre: Artmed, 2006.

³²LEFF, Enrique. Complexidade, racionalidade ambiental e diálogo de saberes. Educ. Real., Porto Alegre, v. 34, n. 03, dez. 2009. Disponível em <http://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010031432009000300003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 20 mai. 2023.

De tal forma que, resta clara a necessidade de formação de cidadãos com consciência crítica ambiental, pois as cidades sustentáveis não se constroem somente com políticas públicas, mas sim por meio de seus próprios integrantes, dos moradores das *urbes*, premidos de uma Educação Ambiental sólida.

A cidade é o ecossistema mais complexo e dominador, expandindo sua influência por toda a biosfera, representando o maior impacto do ser humano sobre a natureza. Importa tudo e exporta calor e resíduos produzindo, em contrapartida, trabalho, abrigo, serviços, informações, tecnologia, entretenimento³³, entre outros direitos essenciais.

O que se mostra resultante das atividades da humanidade sobre o ambiente natural e artificial, demonstra que o ser humano vivencia uma espécie de “hipermetropia ecológica”, pois não enxerga a necessidade de preservação do meio ambiente urbano em que vive. Essa situação precisa ser revertida, através de políticas públicas voltadas aos fatores mencionados por meio da Educação Ambiental (conscientizando a população sobre seu papel essencial na proteção do meio ambiente urbano).

O que se pode concluir é que, há uma relação indissociável entre Cidades Sustentáveis e Educação Ambiental, sendo certo que é dever dos cidadãos fiscalizar, cobrar e fazer parte do sistema de governança das cidades. Assim, considerando ser nos grandes centros urbanos que acontecem grande parte das alterações sociais, torna-se necessário um sistema de gestão democrática compartilhada, que tem a possibilidade de consolidar um meio ambiente urbano equilibrado para as presentes e futuras gerações.

5. Considerações Finais

As cidades vêm enfrentando diversos desafios nas últimas décadas. Com as pressões ambientais, sociais e econômicas, as políticas públicas têm encontrado dificuldades para solucionar todos estes desafios dos grandes centros urbanos.

Problemas como transporte, energia, resíduos, uso do solo, acesso à educação e saúde, e diversas outras questões, são prioridades nas políticas públicas das maiores cidades do mundo. No entanto, ainda há um longo caminho a percorrer para que as cidades sejam sustentáveis, buscando satisfazer aspectos de forma equilibrada nos eixos ambiental, social e econômico, que compõem o desenvolvimento.

Durante as últimas décadas, uma variada lista de indicadores foi criada para a medição da sustentabilidade nos centros urbanos, no intuito de avaliar o desempenho ambiental das cidades (que poderiam incluir emissões de gases de efeito estufa, água, consumo de energia,

³³DIAS, G.F. Pegada Ecológica e Sustentabilidade Humana. São Paulo: Gaia, 2002.

eficiência energética, volume de resíduos, estilo de transporte, entre outros). Eles contribuem para fiscalizar o progresso de forma adequada e permitir um monitoramento mais profundo dos dados, auxiliando nas metas de sustentabilidade e informando os formuladores de políticas públicas sobre o estado atual do meio ambiente, bem como o grande público.

Ou seja, tais fatores essenciais a serem analisados dentro de um espaço urbano adequado podem desempenhar um papel científico no aprofundamento da compreensão das cidades, moldar diálogos e debates, legitimar ou deslegitimar ações políticas e públicas, tornando-se parte de uma avaliação = de condições e tendências, além de monitorar o progresso em direção às metas dos ODS, da Agenda 2030, informando o planejamento e a tomada de decisões, conscientizando, incentivando mudanças políticas e comportamentais, promovendo a participação pública e melhorando a comunicação.

Com base nesta realidade, é possível concluir que, para a implementação adequada de tais fatores, é preciso fomentar a educação ambiental, como um dos pilares da democracia participativa e instrumento indispensável para a consciência da sociedade. Ao mesmo tempo em que, a educação ambiental integra o aspecto da educação formal e informal do indivíduo, também tem por objetivo principal formar sujeitos críticos e proativos dotados de saber ambiental que possam contribuir para a defesa e proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Somente a educação é capaz de formar cidadãos abertos ao diálogo com todas as formas de ser e pensar, vez que uma pessoa conscientizada da importância do meio ambiente mostra-se mais eficiente, frequente e eficaz a protegê-lo, além de potencializar o seu desempenho no papel de multiplicador da consciência a respeito das questões ambientais, pois é essencial que os cidadãos estejam envolvidos na criação de projetos, programas e na disseminação do desenvolvimento sustentável. Dessa forma, a educação ambiental deve integrar valores de outras áreas (como, por exemplo: econômico, cultural, político e histórico), bem como incluir aspectos das novas tecnologias, com a finalidade de despertar tanto a cidadania, quanto a responsabilidade ambiental, conscientizando a respeito das preocupações com o bem-estar comum e da necessidade de harmonia entre as atividades humanas e a proteção ambiental.

Assim, a educação ambiental pode ser entendida, portanto, como a base para a criação de responsabilidades em prol do meio ambiente, por estar diretamente conectada ao contexto de uma sociedade sustentável, que tem como base as políticas públicas e transformações dos centros urbanos em prol de “cidades sustentáveis”, que é capaz de

satisfazer as necessidades básicas da população, e integrar métodos de mitigação dos impactos ambientais, promovendo a participação ativa.

6. Referências Bibliográficas

- ABDOULLAEV, A. A Smart World: A Development Model for Intelligent Cities - [The Trinity World of Trinity Cities]. EIS Encyclopedic Intelligent Systems/SMART GROUP, 2011. Disponível no site: <<http://www.cs.ucy.ac.cy/CIT2011/files/SMARTWORLD.pdf>>. Acesso em: 19 mai. 2023.
- BIBRI, S.E. A foundational framework for smart sustainable city development: theoretical, disciplinary, and discursive dimensions and their synergies. *Sustain Cities Soc*, 38, p. 758–794, 2018
- CHAPMAN, A.; SHIGETOMI, Y. Developing national frameworks for inclusive sustainable development incorporating lifestyle factor importance. *J Clean Prod*, 200, p. 39–47, 2018.
- CIMPOERU, M.V. Budgetary transparency—an improving factor for corruption control and economic performance. *Procedia Econ Finan*, 27, p. 579–586, 2015.
- COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Nosso futuro comum. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Getúlio Vargas, 1991.
- DIAS, Genebaldo Freire. *Pegada Ecológica e Sustentabilidade Humana*. São Paulo: Gaia, 2002.
- DURAN, D.C.; ARTENE, A.; GOGAN, L.M.; DURAN, V. The objectives of sustainable development - ways to achieve welfare. *Procedia Econ Finan*, 26, p. 812–817, 2015.
- JURASCHEK, M.; BUCHERER, M.; SCHNABEL, F.; HOFFSCHROER, H.; VOSSEN, B.; KREUZ, F.; THIEDE, S.; HERRMANN, C. Urban factories and their potential contribution to the sustainable development of cities. *Procedia Cirp*, 69, p. 72–77, 2018.
- KIDD, C.V. The evolution of sustainability. *J Agric Environ Ethics*, 5(1), p. 1–26, 1992
- KLOPP, J.M.; PETRETTA, D.L. The urban sustainable development goal: indicators, complexity and the politics of measuring cities. *Cities*, 63, p. 92–97, 2017.
- LAMBIN, E.F.; TURNER, B.L.; GEIST, H.J.; AGBOLA, S.B.; ANGELSEN, A.; BRUCE, J.W.; COOMES, O.T.; DIRZO, R.; FISCHER, G. The causes of land-use and land-cover change: moving beyond the myths. *Glob Environ Change* 11(4), p. 261–269 2001.
- LEFF, Enrique. Complexidade, racionalidade ambiental e diálogo de saberes. *Educ. Real., Porto Alegre*, v. 34, n. 03, dez. 2009. Disponível em <http://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010031432009000300003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 20 mai. 2023.
- MARTOS, A.; PACHECO-TORRES, R.; ORDONEZ, J.; JADRAQUE-GAGO, E. Towards successful environmental performance of sustainable cities: intervening sectors. A review. *Renew Sustain Energy Rev*, 57, p. 479–495, 2016
- ÖBERG, M.; NILSSON, K.L.; JOHANSSON, C.M. Complementary governance for sustainable development in transport: The European TEN-T Core network corridors. *Case Stud Transp Policy*, 6(4), p. 674–682, 2018

ONU BRASIL. Agenda 2030: Transformando nosso mundo. 2015. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustent%C3%A1vel>>. Acesso em: 18 mai. 2023.

PICKETT, S.T.A.; BOONE, C.G.; MCGRATH, B.P.; CADENASSO, M.L.; CHILDERS, D.L.; OGDEN, L.A.; MCHALE, M.; GROVE, M. Ecological science and transformation to the sustainable city. *Cities*, 32, p. 10–20, 2013.

PROGRAMA CIDADES SUSTENTÁVEIS. Disponível em: <<http://www.cidadessustentaveis.org.br/institucional/oprograma>>. Acesso em: 19 mai. 2023.

SANCHO, J. M.; HERNANDEZ, F. et al. (Org). *Tecnologias para transformar a educação*. Porto Alegre: Artmed, 2006.

SINAKOU, E.; PAUW, J.B.; GOOSSENS, M., PETEGEM, P. V. Academics in the field of education for sustainable development: their conceptions of sustainable development. *J Clean Prod*, 184, p. 321–332, 2018.

SOFESKA, E. Relevant factors in sustainable urban development of urban planning methodology and implementation of concepts for sustainable planning (planning documentation for the master plan Skopje 2001–2020). *Procedia Environ Sci*, 34, p. 140–151, 2016.

UNITED NATIONS - DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS. *World Urbanization Prospects the 2014 Revision Highlights*. New York: United Nations, 2014. Disponível no site: <<http://esa.un.org/unpd/wup/Publications/Files/WUP2014-Highlights.pdf>>. Acesso em: 19 mai. 2023

VALENTI, W.C.; KIMPARA, J.M.; PRETO, B.D.L.; MORAES-VALENTI, P. Indicators of sustainability to assess aquaculture systems. *Ecol Ind*, 88, p. 402–413, 2018

Yanarella, E.J.; Levine, R.S. Does sustainable development lead to sustainability? *Futures*, 24(8), p. 759–774, 1992.

WELIE, M.J.; ROMJIN, H.A. NGOs fostering transitions towards sustainable urban sanitation in low-income countries: insights from transition management and development studies. *Environ Sci Policy*, 84, p. 250–260, 2018.

ZHANG, X.; LI, H. Urban resilience and urban sustainability: what we know and what do not know? *Cities* 72(A), p. 141–148, 2018.

**É Possível uma Proposta Semipresidencialista à Luz do Sistema Federalista
Adotado na Constituição Brasileira de 1988? Caminhos para o
Semipresidencialismo no Brasil.**

*Is a Semi-Presidential Proposal Feasible in Light of the Federalist System Adopted in the Brazilian
Constitution of 1988? Pathways to semi-presidentialism in Brazil.*

Guilherme Mazarello Nóbrega de Santana¹
Leonardo R. de Ávila e Silva²

Sumário: 1. Introdução; 2. O semipresidencialismo; 3. Breve nota sobre o federalismo no Brasil; 4. A cláusula federalista e o semipresidencialismo: seria o semipresidencialismo uma norma de reprodução obrigatória pelos Estados-membros?; 5. Considerações Finais; 6. Bibliografia

Resumo: O presente trabalho busca analisar a possibilidade de adoção do sistema semipresidencialista no Brasil, à luz da ordem constitucional inaugurada pela Constituição de 1988, especificamente quanto à forma de Estado federal. Nesse sentido, procura responder à indagação quanto à eventual (in) constitucionalidade desse sistema de governo à vista da cláusula pétrea do federalismo previsto na atual Constituição brasileira. Corolário dessa análise, intenta-se igualmente investigar se a eventual adoção do semipresidencialismo implicaria em uma norma de reprodução obrigatória no âmbito das Constituições estaduais. No presente trabalho, desenvolve-se a ideia de que inexistente contradição inerente entre o federalismo brasileiro e a adoção do semipresidencialismo. Além disso, pontua-se que eventual alteração do sistema de governo em âmbito federal não constituiria norma de reprodução obrigatória pelos Estados federados, preservando a autonomia de cada qual na definição do sistema que melhor lhe convir.

Palavras-chave: Semipresidencialismo; Federalismo; Constitucionalidade; Cláusulas pétreas; Sistema de governo.

Abstract: The present study aims to analyze the feasibility of adopting the semi-presidential system in Brazil, in light of the constitutional framework established by the 1988 Constitution, specifically with regard to the federal form of state. In this context, it seeks to address the question of the potential (un)constitutionality of this system of government in light of the foundational principle of federalism enshrined in the current Brazilian Constitution. As a corollary of this analysis, there is also an intention to investigate whether the potential adoption of semi-presidentialism would entail a mandatory replicating norm within the scope of state constitutions. In the present study, the notion is advanced that there exists no inherent contradiction between Brazilian federalism and the adoption of a semi-presidential system. Furthermore, it is underscored that any potential alteration to the federal government system would not constitute a mandatory norm for replication by the federated states, thereby preserving the autonomy of each entity in determining the system that best suits its interests.

¹ Mestre em *Droit Constitutionnel et Droits Fondamentaux* pela Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Mestrando em Direito, linha Cidadania, Estado e Globalização, pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Advogado. E-mail: mazarello05@gmail.com.

² Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. E-mail: leorigotti6@gmail.com.

Keywords: Semi-presidentialism; Federalism; Constitutionality; Eternal clauses; System of government.

1. Introdução

O debate acerca da adoção de sistema de governo semipresidencialista no Brasil sempre esteve presente nos estudos de direito constitucional nacional. Nos últimos tempos, especialmente após a formação do grupo de trabalho na Câmara dos Deputados – GTSISGOV³ – para fins de estudo acerca da adoção do sistema semipresidencial no Brasil, esse debate ganhou novas perspectivas e dimensões, tanto no âmbito institucional⁴ quanto no âmbito acadêmico.⁵

O presente trabalho se insere neste contexto de renovação dos debates e tem como pergunta motriz o seguinte questionamento: é possível pensar em uma proposta brasileira de semipresidencialismo à luz do sistema federalista adotado pela Constituição de 1988? Essa pergunta surge da observação de que, na experiência internacional, o semipresidencialismo foi adotado em países unitários, como França e Portugal, ao tempo em que o sistema constitucional brasileiro adotou o modelo federalista como cláusula pétrea. Questionamentos desse jaez implicam uma análise de natureza dupla: o primeiro, de natureza política, busca compreender a adequabilidade política da adoção do semipresidencialismo no contexto do federalismo brasileiro; o segundo, de natureza jurídica, investiga essa possibilidade à luz do sistema constitucional vigente, e, portanto, sua eventual constitucionalidade.

Corolário dessa segunda abordagem é a eventual necessidade de replicação obrigatória do sistema no âmbito dos estados federados.⁶

³ BRASIL, Câmara dos Deputados. Ato do Presidente. Institui Grupo de Trabalho destinado a analisar e debater temas relacionados ao sistema de governo semipresidencialista. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/sistema-de-governo-semipresidencialista/atribuicoes/ato-de-criacao-e-aditamentos>.

⁴Cf. Temer defende adoção de semipresidencialismo no Brasil em 2022. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/governo/temer-defende-adocao-de-semipresidencialismo-no-brasil-em-2022/>. <https://www.metropoles.com/blog-donoblat/artigos/parlamentarismo-e-variantes-por-jose-sarney>.

Cf. Gilmar Mendes defende semipresidencialismo. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2022/02/21/gilmar-defende-semipresidencialismo-e-critica-baixa-responsabilidade-do-congresso.htm>.

Cf. Barroso defende implantação do 'semipresidencialismo' em 2026. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/07/05/barroso-defende-debate-para-implantar-semipresidencialismo-no-pais-em-2026.ghtml>.

Cf. Proposta de semipresidencialismo divide congressistas. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/proposta-de-semipresidencialismo-divide-congressistas-22164268>.

⁵ CHEIBUB, José Antonio, ELKINS, Zachary e GINSBURG, Tom. Beyond Presidentialism and Parliamentarism. *British Journal of Political Science*, 2014, pp 515-544.

⁶ “As normas de reprodução obrigatória são aquelas de observância compulsória no texto constitucional estadual e decorrem da subordinação aos princípios consagrados na Constituição da República, de acordo com o comando inserido no Artigo 25, caput, da Constituição Federal de 1988”. (DIAS, Eduardo Rocha;

Evidentemente que essa abordagem comumente é acompanhada por outros questionamentos acerca da eventual compatibilidade constitucional e política do semipresidencialismo. É que as instituições presentes na Constituição parecem ter sido construídas ao redor de um modelo presidencialista⁷ de matiz bem peculiar, que alguns chamam de Presidencialismo de Coalizão.⁸

Contudo, em razão da objetividade que se busca conferir ao presente trabalho, focar-se-á em apenas um deles, qual seja a questão do federalismo.

Partindo da pergunta e da observação, o presente trabalho tem como objetivo analisar caminhos para a adoção de um semipresidencialismo brasileiro. O trabalho tem pretensão de romper a tradição de mera replicação dos modelos adotados em outros países, dos quais cabe destacar a experiência francesa, cujo início se dá em 1962, com a instituição do voto direto para o cargo de Presidente, muito devido às intervenções de Michel Debré⁹.

Na França, as bases teóricas sobre o tema surgiram com os estudos de Maurice Duverger¹⁰, que primeiro captou a alteração no sistema de governo da Vª República inaugurada, esta sim, em 1958. Aliás, a Vª República francesa é marcada pela adoção de técnicas de fortalecimento do poder executivo face ao parlamento, com fins de permitir governabilidade, por meio da adoção de instrumentos do denominado parlamentarismo racionalizado.¹¹ A adoção desse sistema, no caso francês, contudo, surge da necessidade de conferir governabilidade ao poder Executivo, diante da severa instabilidade ocorrida nas IIIª e IVª Repúblicas.

Outro exemplo que deve ser citado é o sistema português adotado na Constituição de 1976.¹² Este, muito embora guarde semelhanças com o sistema francês, possui diferenças

GONÇALVES, A.C.V.L. O papel das normas de repetição obrigatória na autonomia estadual. *Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará*, v. 9, n. 2, p. 85-106, 2017, p. 85).

⁷ SCHIER, P. Presidencialismo de Coalizão: Democracia e Governabilidade no Brasil. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4471314/mod_resource/content/1/presidencialismo%20coalis%C3%A3o%20democracia%20governabilidade%20brasil.pdf.

⁸ ABRANCHES, S. Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro. 1ª ed. São Paulo, Companhia das Letras, 2018.

⁹ Cf. DEBRÉ, M. La nouvelle constitution. *Revue française de science politique*, 1959, vol. 9, no 1, p. 7-29.

¹⁰ Cf. DUVERGER, M. *Échec au roi*. Paris: Albin Michel, 1978; A new political system model: semi-presidential government. *European Journal of European Research*, 8 (2): 165-187. 1980; *Institutions politiques et droit constitutionnel* (11.a ed.). Paris: Presses, Universitaires de France, 1970.

¹¹ Dos quais é possível mencionar o poder dissolutório (art. 16 da Constituição da França); votação em bloco; votação acelerada e a aprovação de lei da seguridade social sem aprovação pelo parlamento mediando engajamento da responsabilidade do governo (art. 49-3 da Constituição).

¹² Análises estas que muitas das vezes não tomam conta da própria crise por que passam algum desses modelos, como se observa, por exemplo, no caso francês, em que a previsão constitucional do art. 5º da Constituição de 1958 não reflete com fidelidade da dinâmica institucional que se verifica na realidade política francesa — muito em virtude da reforma de 1962 e a eleição do Presidente por sufrágio universal direto, remoldando a interação entre os poderes.

marcantes, tanto na distribuição de poder, quanto nas formas e na potência de utilização de alguns poderes. De tal sorte que, como nos alerta Jorge Reis Novais¹³, é possível traçar pontos de contato e classificar o semipresidencialismo em matrizes, mas não é possível falar em identidade, no sentido pragmático do termo, visto que países com textos constitucionais muito distintos apresentam práticas políticas muito semelhantes e países com textos constitucionais bem diferentes apresentam práticas políticas muito similares.

É, portanto, truísmo afirmar que a adoção de qualquer sistema de governo decorre das especificidades de cada país e se presta a funcionar sob determinada cultura jurídica. A análise proposta inadmite, portanto, meros transplantes de técnicas.

Algumas hipóteses já podem ser ventiladas em resposta ao problema de pesquisa proposto. A concepção de um sistema semipresidencialista no Brasil apenas é possível quando considerados alguns obstáculos merecem ser analisados, e denunciam a necessidade de uma reflexão nacional para adoção de um novo sistema de governo. Desses obstáculos, cabe destacar: a cultura hiperpresidencialista nacional, sintoma de uma realidade em âmbito latino-americano, e que já foi objeto de investigações de pensadores como Roberto Gargarella¹⁴; a tendência parlamentar de formação de blocos de coalização¹⁵; a necessidade de compatibilidade material e formal com a Constituição, em especial diante das cláusulas pétreas; a necessidade de prévia consulta popular.¹⁶

Dessa forma, busca-se avaliar a possibilidade de adoção do sistema semipresidencialista no Brasil que tome conta das idiossincrasias da cultura política brasileira,

¹³ NOVAIS, J.R. *Semipresidencialismo: Teoria Geral e Sistema Português*. 3ª ed. Coimbra, Grupo Almedina, 2021.

¹⁴ “Lo sostenido por Bolívar resultaría compartido por muchos otros dirigentes y pensadores prominentes de la época. Por ejemplo, en el capítulo 12 de su obra cumbre, *Bases*, el notable constitucionalista argentino Juan Bautista Alberdi atribuyó a Bolívar la idea según la cual «los nuevos Estados de la América antes española necesitan reyes con el nombre de presidentes». Y el propio Alberdi, en el capítulo 25 de ese mismo libro – libro que se convertiría en el principal marco de referencia de la Convención Constituyente Argentina de 1853 – propuso desviarse del modelo norteamericano en el punto referido a la organización del Poder Ejecutivo. Sugirió entonces acercarse al modelo conservador que adelantara Juan Egaña y su hijo Mariano, para el constitucionalismo chileno y la Constitución de 1823, porque la historia – decía – “ha demostrado que la única solución racional en repúblicas que poco antes fueron monarquías” (Alberdi 1981, 181). Dicha solución implicaba la conformación de “un presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey en el instante que la anarquía le desobedece como presidente republicano.” (GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos*. Escuela de Derecho: Universidad Torcuato di Tella. *Revista Argentine de Teoría Jurídica*, Volume 14. 2013, p. 181).

Questionando sobre a possibilidade de adoção do sistema semipresidencialista na América Latina: NEGRETTO, G. ¿Es el semipresidencialismo un modelo atractivo y factible para América Latina? *Comentarios al ensayo de Petra Schleiter y Edward Morgan-Jones. Política y gobierno*, 2007, vol. 14, no 2, p. 541-549.

¹⁵ Entre nós, merece destaque o trabalho de Sérgio Abranches: ABRANCHES, S. *Presidencialismo de coalizão*. Dados, 1988, vol. 31, no 1.

¹⁶ Embora outros pontos pudessem ser abordados, como as múltiplas intersecções entre o federalismo, bicameralismo, multipartidarismo, com o semipresidencialismo, esse trabalho se propôs a avaliar somente os tópicos elencados.

mas que também seja coerente com o sistema constitucional vigente. Aliás, a Constituição de 1988 é, apesar de jovem, inserta em um sistema de governo presidencialista, com sucessivas reformas havidas sob a égide desse paradigma.

2. O Semipresidencialismo

Quando comparado com o parlamentarismo e o presidencialismo, o semipresidencialismo teve seu desenvolvimento científico tardio. O primeiro autor a sistematizar foi Maurice Duverger, em 1970, na décima edição de sua obra *Institution politiques et Droit Constitutionnel*¹⁷. Nesta obra, o autor francês apresenta o semipresidencialismo como sistema de governo autônomo, com distinções tão marcantes que compelem o reconhecimento da diferenciação do novo sistema.

Continuando o desenvolvimento teórico sobre o tema, em 1978 e 1980, respectivamente, Duverger publica dois textos seminais sobre o tema: *Échec au Roi*¹⁸ e *A new political system model: semi-presidential government*¹⁹. Nestes textos, Duverger define semipresidencialismo a partir de três pilares centrais: (i) o Presidente da República deve ser eleito por sufrágio universal e (ii) deve possuir poderes consideráveis (quite considerable powers); (iii) deve haver um Primeiro-Ministro e Ministros que detenham o poder executivo e governamental os quais sejam responsáveis perante o parlamento.

As três condições são necessárias para a conformação de um sistema de governo como semipresidencialista. Se determinado país possui presidentes com poderes consideráveis e Primeiro-Ministro e Ministros que detenham o poder executivo, mas o presidente não é eleito por sufrágio universal, o sistema é classificado como parlamentarista. É o que ocorre, por exemplo, em países como Itália e Alemanha.

Duverger não só definiu semipresidencialismo como utilizou sua definição para classificar e listar os países semipresidencialistas. Inicialmente, 7 países foram identificados como semipresidencialistas: Áustria, Finlândia, França, Irlanda, Islândia, Portugal e Alemanha de Weimar (1919-1933). O autor reconhece peculiaridades estruturais em cada país, mas identifica o núcleo comum da definição em todos eles.

Conforme foi ganhando notoriedade, o conceito de semipresidencialismo dado por Duverger passou a ser alvo de críticas. A principal das críticas é o subjetivismo pelo qual se define o sistema de governo. Ao colocar como premissa que o presidente deve possuir

¹⁷ Cf. DUVERGER, M. *Institutions politiques et droit constitutionnel* (11.a ed.). Paris: Presses, Universitaires de France, 1970.

¹⁸ Cf. DUVERGER, M. *Echec au roi*. Paris: Albin Michel, 1978.

¹⁹ DUVERGER, M. *A new political system model: semi-presidential government*. *European Journal of European Research*, 8 (2): 165-187. 1980.

poderes consideráveis, a definição duvergeriana coloca sobre o observador, politólogo, jurista ou quem quer que esteja se propondo a definir os poderes do presidente, o fardo de quantificá-los[4].

Evidentemente, é possível criar parâmetros para classificar e quantificar os poderes presidenciais. Vários autores, dentre os quais destacam-se Alan Siaroff²⁰, Shugart e Carey²¹, já percorreram esse caminho de maneira exitosa. O ponto central da crítica recai sobre o fato de se partir da criação destes parâmetros como base ontológica para a definição de semipresidencialismo.

Para melhorar o conceito, os críticos ou mitigaram ou excluíram a necessidade de o presidente possuir poderes consideráveis para definir determinado sistema como semipresidencialista.

Como exemplo dos doutrinadores que mitigaram tal necessidade está Jorge Reis Novais. Para este autor, semipresidencialismo é o sistema de governo da democracia representativa que reúne a presença de um presidente eleito por sufrágio popular e que pode exercer poderes constitucionais significativos e um governo politicamente responsável perante o parlamento²². Novais transformou a necessidade em potência, o exercício do(s) poder(es) pelo presidente está previsto constitucionalmente, mas apenas potencialmente concretizado.

O maior exemplo de doutrinador que excluiu a necessidade de o presidente, em um sistema semipresidencialista, possuir poderes consideráveis é Robert Elgie. Para este autor, um sistema de governo pode ser considerado semipresidencialista quando a Constituição prevê (i) um Presidente eleito diretamente para um mandato de termo fixo, bem como (ii) um Primeiro-Ministro e um gabinete que sejam conjuntamente responsáveis perante a legislatura, concomitantemente²³.

Esta definição traz consigo a vantagem de não depender do observador para descrever o sistema de governo de determinado país. Isto é, segundo tal definição, os dispositivos constitucionais per se seriam capazes de indicar, sem necessidades de maiores discussões, qual a dinâmica tanto de eleição do presidente quanto de responsabilidade do

²⁰ SIAROFF, A. Comparative presidencies: The inadequacy of the presidential, semi-presidential and parliamentary distinction. *European Journal of Political Research*, Vol. 42. Issue 3. May, 2003. Disponível em: <https://ejpr.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/1475-6765.00084>.

²¹ SHUGART, M.S., CAREY, J.M. (1992). *Presidents and assemblies: Constitutional design and electoral dynamics*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.

²² NOVAIS, J.R.. *Semipresidencialismo: Teoria Geral e Sistema Português*. 3ª ed. Coimbra, Grupo Almedina, 2021., p. 67.

²³ ELGIE, R. The politics of semi-presidentialism. In: *Semi-Presidentialism in Europe*, ed. Robert Elgie. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 13.

governo perante o parlamento e, portanto, de definir qual sistema de governo determinado país adota. Essa definição ganhou ampla notoriedade por permitir a criação de listas consensuais de países semipresidencialistas. Tais listas foram a base para estudos aprofundados performance democrática comparada, o que levou o conceito objetivo de semipresidencialismo a se tornar majoritário na doutrina.

Partindo dessa definição objetiva, Robert Elgie, partindo dos estudos de Shugart e Carey, menciona duas espécies possíveis de semipresidencialismo: o *president-parliamentarism* e o *premier-presidentialism*. A diferença está baseada no poder do presidente de destituir o governo ou parte dele sem a necessidade de aprovação do parlamento.

A primeira espécie, *president-parliamentarism*, se refere a um sistema de governo no qual o presidente é eleito diretamente pelo povo para um mandato de tempo determinado, o governo, composto pelo Primeiro-Ministro e seus Ministros, é responsável perante a legislatura, e o presidente possui o poder de destituir o governo unilateralmente. De maneira simplificada, *president-parliamentarism* é uma forma de semipresidencialismo em que o primeiro-ministro e o governo (gabinete) são responsáveis perante o presidente e perante o parlamento²⁴. A isto dá-se o nome de dupla responsabilidade governativa.

A Constituição austríaca, por exemplo, em seu artigo 70, item 1²⁵, afirma que não é necessária recomendação para que o presidente (*Bundespräsidenten*) demita o Chanceler Federal (*Bundeskanzler*), que pode ser entendido como primeiro-ministro, ou todo o Governo. Além disso, a demissão não requer nenhuma contra-assinatura, o que reforça a liberdade que o presidente tem em destituir o governo total ou parcialmente. O artigo 60, item 1, por seu turno, diz que o presidente é eleito pelo povo com base no sufrágio igual, direto, pessoal, livre e secreto. Por fim, o artigo 74 indica que caso o Conselho Nacional aprove um voto explícito de não confiança no Governo Federal ou em membro individuais deste, o Governo ou o Ministro em questão será destituído do cargo.

Não é difícil de perceber que o sistema de governo austríaco se encaixa perfeitamente na definição de *president-parliamentarism* e, portanto, é enquadrado como sistema semipresidencialista em tal vertente.

A segunda espécie de semipresidencialismo, denominada *premier-presidentialism*, reúne o conteúdo básico do semipresidencialismo, presidente diretamente eleito para mandato de termo definido e governo responsável perante o parlamento, com o diferencial

²⁴ Elgie, Op. Cit., p. 28.

²⁵ ÁUSTRIA. Constituição (1945). Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Austria_2013?Lang=en.

de que o presidente não possui o poder de unilateralmente destituir o primeiro-ministro ou o governo. De igual maneira, premier-presidentialism pode ser definida como a vertente do semipresidencialismo em que o primeiro-ministro e o governo (gabinete) são responsáveis somente perante o parlamento.

Um exemplo bem ilustrativo dessa segunda vertente é a Bulgária. Ao analisar a Constituição búlgara, especificamente no artigo 111, item 1, é possível identificar as três circunstâncias que determinam o término do mandato do Conselho de Ministros (que pode ser interpretado como “governo”). Primeiramente, quando a assembleia legislativa aprova um voto de desconfiança, mostrando a responsabilidade do governo diante da Assembleia. Em segundo lugar, quando o Conselho, em sua totalidade, ou apenas o Primeiro-Ministro, decide renunciar. E, por último, o falecimento do Primeiro-Ministro²⁶. Notavelmente, a Constituição não prevê que o Presidente tenha o poder de destituir o governo, indicando que o Conselho de Ministros não tem obrigação de responder perante o Presidente.

A distinção entre president-parliamentarism e premier-presidentialism é crucial porque determina a dinâmica de poder e as relações entre o presidente, o primeiro-ministro e o parlamento. Enquanto o primeiro proporciona ao presidente uma influência mais direta sobre o gabinete e as políticas governamentais, o segundo dá mais poder ao parlamento, atuando como um equilíbrio contra a concentração excessiva de poder nas mãos do presidente. Claro, não se quer argumentar que a prática política está determinada pela letra da Constituição, ignorando-se os fatores reais de poder, além de outras conjunturas que não são capturadas pelas lentes estritamente constitucionais.

Em muitos casos, a escolha entre esses dois subtipos de semipresidencialismo não é apenas uma questão teórica ou acadêmica, mas também tem implicações práticas significativas para a estabilidade política e a eficácia governamental de um país. Países que adotam o president-parliamentarism tendem a ser mais propensos a crises políticas se houver conflitos entre o presidente e o parlamento, uma vez que ambos têm reivindicações legítimas de representação popular e autoridade. Por outro lado, o premier-presidentialism tende a proporcionar um sistema de checks and balances mais robusto, garantindo que nenhum ator político se torne excessivamente dominante²⁷. O argumento aqui exposto, novamente, não é fatalista, trata-se de uma expressão estatística dos países que adotaram o sistema e de sua performance democrática.

²⁶BULGÁRIA. Constituição (1991). Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Bulgaria_2015?Lang=en.

²⁷ Elgie, Op. Cit.

Ao longo dos anos, o debate sobre qual forma de semipresidencialismo é mais adequada tem sido uma questão recorrente em muitos países que consideram reformas constitucionais. Ambos os sistemas têm seus méritos e desvantagens, e a escolha entre eles frequentemente reflete as circunstâncias históricas, culturais e políticas específicas de cada país. O que é importante é que a escolha seja feita com base em uma compreensão clara das implicações e dos desafios potenciais associados a cada sistema, para que se possa construir instituições estáveis e democráticas.

3. Breve Nota sobre o Federalismo no Brasil

O federalismo consiste em uma forma de Estado fundada “na existência de múltiplas esferas de governo, integradas a um Governo Central (União) e regidas por uma Constituição Nacional, formando, assim, um novo Estado soberano e independente”²⁸. Sua versão moderna possui origem nos *federalist papers* de Hamilton, Madison e Jay, e íntima relação com o paradigma liberal que lhe deu causa em que os estados federados abriram apenas parcialmente mão de sua soberania, com subsidiária participação da União. A realidade histórica demonstra que esse modelo passou por severas alterações, no sentido de um modelo mais centralizado com evidente protagonismo do governo federal.²⁹

No caso brasileiro, o modelo federal foi adotado pelo menos desde a primeira república.³⁰ À semelhança do modelo austríaco, a formação da federação brasileira ocorreu de maneira centrífuga, com a União reconhecendo a autonomia dos Estados-membros. No modelo constitucional atual, o federalismo ocupa lugar de destaque como norma estruturante do Estado brasileiro (preâmbulo e art. 1º da Constituição de 1988), impassível de alteração com *status* de cláusula pétrea explícita (art. 60, parágrafo 4º, inciso I, da Constituição de 1988). Na atual ordem constitucional, o Estado é composto pela união indissolúvel dos Estados-membros, em um sistema de repartição de competências que encontra especial detalhamento na Constituição federal.

Evidentemente que a relação entre a União e os Estados-membros nem sempre é absolutamente equânime, como por vezes revela o sistema de distribuição de receitas e a organização política e administrativa. Do ponto de vista da história constitucional brasileira há intermitências de períodos de maior centralização com momentos de descentralização.³¹

²⁸ CLÈVE, C.M. *Direito Constitucional Brasileiro – vol. 2: Organização do Estado e dos Poderes*. 2 eds. rev. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais. Versão digital. 2022. p. RB-4.2

²⁹ SCHWARTZ, B. *O federalismo norte-americano atual: uma visão contemporânea*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.

³⁰ Clemerson Merlin Clève explica que, pelo menos desde a monarquia, o federalismo é objeto de debate, contrapondo liberais e conservadores na disputa por maior ou menor centralização dos poderes das províncias.

³¹ CLÈVE, C.M. *Op. cit.*

À verdade, não é novidade, entre os constitucionalistas, posições que defendem uma relativa assimetria como elemento inerente ao federalismo³², forma de Estado em que a absoluta igualdade não apenas é inalcançável, mas potencialmente injusta.

4. A Cláusula Federalista e o Semipresidencialismo: Seria o Semipresidencialismo uma Norma de Reprodução Obrigatória pelos Estados-Membros?

Para além da abordagem político-institucional, que cuida de analisar a conveniência política da eventual adoção do semipresidencialismo no Brasil, a abordagem jurídica limita-se à investigação de compatibilidade desse sistema de governo com a Constituição. É, portanto, um estudo de sua constitucionalidade. Conforme mencionado na introdução do presente trabalho, já se escreveu sobre potenciais entraves constitucionais, como a necessidade de consulta popular, vacância, e acerca da natureza da norma que prevê o sistema presidencialista (se cláusula pétrea ou não). Contudo, verifica-se relativa escassez a respeito de uma abordagem jurídica que tomasse conta da forma federativa do Estado brasileiro.

Não é novidade que o presidencialismo e federalismo possuem íntima, quiçá embrionária relação, e foram concebidos nos *federalist papers*, nos Estados Unidos da América, como forma de garantir a unidade nacional, centrada em uma figura única eleita por sufrágio universal, ao tempo em que se garantia a autonomia de cada unidade da federação, à época tendente a confederasse ou emancipar-se, como denuncia a primeira versão da Constituição de 1787.

Em artigo publicado no jornal Estadão, o cientista social Ruben Cesar Keinert aponta um questionamento recorrente, que implica em entrave político, quanto ao fato de, a nível estadual, a figura dos governadores como detentores de maior credibilidade do que parlamentares, estes considerados “corruptos e perigosamente sectários”.³³ Esse imbricamento, entre federalismo e presidencialismo, é até mesmo mencionado como fator obstaculizador de reformas institucionais profundas, no Brasil, como seria a hipótese da adoção do modelo semipresidencial.

As normas de reprodução obrigatória pelos Estados-membros depreendem-se do *caput* do art. 25 da Constituição Federal, no qual a auto-organização dos Estados federados é limitada à observância dos princípios da Constituição Federal. É verdade que as normas de

³² RAMOS, D.T. O federalismo assimétrico. In: *O federalismo assimétrico*. 1998.

³³ KEINERT, R.C. Sobre presidencialismo e federalismo. *O Estadão*. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/gestao-politica-e-sociedade/sobre-presidencialismo-e-federalismo/>

reprodução obrigatória nem sempre estão explicitamente dispostas na Carta constitucional, e dependem fortemente da interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal e de sua jurisprudência.

A redação do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) parece indicar que o plebiscito levado a termo em 1993 tinha pretensão de definir o sistema de governo na integralidade do país, não se limitando à organização de poder da União. A redação adotada na Constituição explicita essa opção ao dispor que o plebiscito sobre a “forma (república ou monarquia constitucional) e sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País”.

Por outro lado, a história constitucional brasileira revela que nem sempre se verifica uma absoluta simetria entre o sistema de governo adotado a nível federal e aquele adotado a nível estadual. Escrevendo sobre o regime constitucional regido pela Constituição de 1946, Oliveira e Silva escreve que, apesar do triunfo do presidencialismo sob o intento parlamentarista presente na Constituinte de 1945, as Constituições estaduais de Ceará, São Paulo e Rio Grande do Sul adotaram técnicas de evidente inspiração parlamentarista como a técnica de nomeação dos secretários do governo e dos prefeitos, não elegíveis, dependente do voto de aprovação da Assembleia Legislativa.³⁴

Conforme ponderado anteriormente, o federalismo implica em uma autonomia dos Estados-membros, mas não em sua soberania. Os entes federados são submetidos à Constituição Federal, em relação às normas que lhe são estruturantes; esse condicionamento é precisamente o fundamento de controle da Constituição estadual em face da Constituição federal, na medida em que o Direito federal é soberano em relação ao direito estadual. Daí o fundamento de existências das normas de reprodução obrigatória, as quais podem representar vedações, impedindo que a Constituição estadual invada o âmbito da Constituição federal, ou comando, ordenando que a norma seja explicitamente replicada na âmbito estadual.³⁵

Bulos aponta que essas normas de replicação obrigatória manifestam-se em três tipos diferentes de acordo com os princípios que veiculam. Em razão do desacordo que possuímos em relação ao conceito de princípios adotados por este autor, prefere-se a nomenclatura “norma”, como terminologia mais abrangente. Nesse sentido, podem ser enumeradas as: (i) normas constitucionais sensíveis; (ii) normas constitucionais extensíveis; e (iii) normas

³⁴ SILVA, O e. Presidencialismo e parlamentarismo. *Revista do serviço público: Direito e jurisprudência*. 1949.

³⁵ SILVA, J.A. *Curso de direito constitucional positivo*. 14a ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

constitucionais estabelecidas³⁶ As primeiras indicam os princípios cuja violação autorizam intervenção federal e estão explicitamente enumerados no art. 34, inciso VII da Constituição. Da leitura desse dispositivo, percebe-se que a Constituição autoriza intervenção federal (excepcional e casuística suspensão do pacto federativo) para fins de observância da forma republicana, sistema representativo e regime democrático. Percebe-se, portanto, que o sistema de governo não autoriza essa excepcional medida, não constituindo norma constitucional sensível.

Já a respeito das normas constitucionais extensíveis, estas são aquelas que vinculam a União e que, por aplicação do princípio da simetria, devem igualmente vincular os Estados-membros. Há uma variedade de normas que indicam organização da administração pública, organização de poderes, dentre outras, que são vinculativas à União e que, muito em virtude da jurisprudência do STF, foram estendidas às Constituições estaduais. Nessa hipótese, o presidencialismo apenas poderia ser compreendido como uma norma extensível se obrigatória à União. Nessa hipótese, não haveria sequer razão para debater a obrigatoriedade ou não de eventual semipresidencialismo no âmbito estadual, vez que haveria óbice embrionário já em face da Constituição federal. Como já se pontuou, o sistema de governo não constitui cláusula imutável, impassível de alteração, podendo ser objeto de alteração constitucional.

Por sua vez, as normas constitucionais estabelecidas dizem respeito àquelas que, anteriores às próprias Constituições estaduais, foram estabelecidas pela Constituição federal a fim de limitar o poder constituinte estadual. Envolvem repartição de competência constitucionais, sistema tributário nacional, dentre outros. Logo, não incluem sistema de governo, que não constitui norma estabelecida para fins de contenção do poder constituinte no âmbito dos Estados federados.

Nesse sentido, defende-se que não há incompatibilidade constitucional entre a forma federal de Estado e o sistema de governo semipresidencial. Mais ainda, eventual adoção do semipresidencialismo não constitui norma de reprodução obrigatória no âmbito dos Estados-membros, preservando-se a autonomia dos entes federados em optarem pelo sistema de governo que julgarem mais adequado.

5. Considerações Finais

³⁶ BULOS, U.L.. *Curso de direito constitucional*. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

O debate sobre a viabilidade e pertinência de se adotar um sistema semipresidencialista no Brasil, à luz da atual ordem constitucional e da configuração federativa do país, é complexo e multifacetado. A história constitucional brasileira, assim como os sistemas estrangeiros de semipresidencialismo, oferecem *insights* importantes, mas também advertem sobre os desafios de transplantar instituições sem consideração cuidadosa dos contextos locais e históricos.

Primeiramente, é inegável que o federalismo, como estruturado pela Constituição de 1988, é um pilar fundamental da organização política brasileira. Ele é tanto um reflexo das tradições históricas e culturais do país quanto uma salvaguarda contra a excessiva centralização do poder. Assim, qualquer proposta de mudança no sistema de governo deve ser analisada cuidadosamente em termos de seu impacto sobre a federação.

O sistema semipresidencialista, seja em sua vertente de *president-parliamentarism* ou *premier-presidentialism*, oferece possíveis vantagens em termos de equilíbrio e distribuição de poder. No entanto, também traz consigo desafios significativos, especialmente em uma federação como o Brasil, onde a relação entre os estados e o governo central é historicamente tensa e dinâmica. No presente trabalho, desenvolveu-se a ideia de que inexistente contradição inerente entre o federalismo brasileiro e a adoção do semipresidencialismo. Além disso, pontuou-se que eventual alteração do sistema de governo em âmbito federal não constituiria norma de obrigatoriedade reproduzida pelos Estados federados, preservando a autonomia de cada qual na definição do sistema que melhor lhe convier.

Outro ponto crucial é a tradição presidencialista brasileira, profundamente enraizada na cultura política do país. Qualquer movimento em direção ao semipresidencialismo deve ser feito com uma ampla consulta popular e um debate informado, a fim de garantir a legitimidade e aceitação do novo sistema.

Além disso, a eventual adoção de um sistema semipresidencialista no Brasil não deve ser vista como uma panaceia para os desafios políticos do país. Afinal, sistemas de governo são apenas estruturas que podem facilitar ou dificultar certos resultados políticos. O sucesso ou fracasso de qualquer sistema depende, em última análise, da qualidade da liderança, da cultura política e da participação cidadã.

Em suma, enquanto a adoção do semipresidencialismo no Brasil é teoricamente possível e pode trazer certas vantagens, ela deve ser abordada com cautela, rigor e um compromisso com os princípios democráticos e federativos que são fundamentais para a identidade política brasileira. A transição para um novo sistema de governo é uma decisão

de profundo alcance e consequências duradouras, e deve ser tomada com o devido cuidado e deliberação.

6. Bibliografia

ABRANCHES, S. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. 1ª ed. São Paulo, Companhia das Letras, 2018.

ÁUSTRIA. Constituição (1945). Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Austria_2013?lang=en.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Ato do Presidente. Institui Grupo de Trabalho destinado a analisar e debater temas relacionados ao sistema de governo semipresidencialista. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/sistema-de-governo-semipresidencialista/atribuicoes/ato-de-criacao-e-aditamentos>.

BULGÁRIA. Constituição (1991). Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Bulgaria_2015?lang=en.

BULOS, U.L. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHEIBUB, J.A., ELKINS, Z e GINSBURG, T. *Beyond Presidentialism and Parliamentarism*. *British Journal of Political Science*, 2014, pp 515-544.

CLÈVE, C.M. *Direito Constitucional Brasileiro – vol. 2: Organização do Estado e dos Poderes*. 2 eds. rev. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais. Versão digital. 2022.

DEBRÉ, M. *La nouvelle constitution*. *Revue française de science politique*, 1959, vol. 9, no 1, p. 7-29.

DUVERGER, M. *Échec au roi*. Paris: Albin Michel, 1978; *A new political system model: semi-presidential government*. *European Journal of European Research*, 8 (2): 165-187. 1980; *Institutions politiques et droit constitutionnel (11.a ed.)*. Paris: Presses, Universitaires de France, 1970.

DUVERGER, M. *Institutions politiques et droit constitutionnel (11.a ed.)*. Paris: Presses, Universitaires de France, 1970.

DUVERGER, M. *A new political system model: semi-presidential government*. *European Journal of European Research*, 8 (2): 165-187. 1980.

DIAS, E.R.; GONÇALVES, A.C.V.L. *O papel das normas de repetição obrigatória na autonomia estadual*. *Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará*, v. 9, n. 2, p. 85-106, 2017.

ELGIE, R. *The politics of semi-presidentialism*. In: *Semi-Presidentialism in Europe*, ed. Robert Elgie. Oxford: Oxford University Press, 1999.

GARGARELLA, R. *El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos*. *Escuela de Derecho: Universidad Torcuato di Tella. Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Volume 14. 2013.

KEINERT, R.C. *Sobre presidencialismo e federalismo*. *O Estadão*. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/gestao-politica-e-sociedade/sobre-presidencialismo-e-federalismo/>

NEGRETTO, G. ¿Es el semipresidencialismo un modelo atractivo y factible para América Latina? Comentarios al ensayo de Petra Schleiter y Edward Morgan-Jones. *Política y gobierno*, 2007, vol. 14, no 2, p. 541-549.

NOVAIS, J.R... *Semipresidencialismo: Teoria Geral e Sistema Português*. 3ª ed. Coimbra, Grupo Almedina, 2021.

RAMOS, D.T. O federalismo assimétrico. In: *O federalismo assimétrico*. 1998.

SCHIER, P. *Presidencialismo de Coalizão: Democracia e Governabilidade no Brasil*. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4471314/mod_resource/content/1/presidencialismo%20coalis%C3%A3o%20democracia%20governabilidade%20brasil.pdf.

SCHWARTZ, B. *O federalismo norte-americano atual: uma visão contemporânea*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.

SIAROFF, A. Comparative presidencies: The inadequacy of the presidential, semi-presidential and parliamentary distinction. *European Journal of Political Research*, Vol. 42. Issue 3. May, 2003. Disponível em: <https://ejpr.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/1475-6765.00084>.

SILVA, O. *Presidencialismo e parlamentarismo*. *Revista do serviço público: Direito e jurisprudência*. 1949.

SILVA, J.A. *Curso de direito constitucional positivo*. 14a ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SHUGART, M.S., CAREY, J.M. (1992). *Presidents and assemblies: Constitutional design and electoral dynamics*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.

A Boa Governança Corporativa Como Meio Para a Transição Justa da Economia e Proteção da Saúde dos Trabalhadores Contra o Aquecimento global

Good Corporate Governance as a Means for the Just Transition of the Economy and Protection of Workers' Health Against Global Warming

Hélio Barbosa Hissa Filho¹

Sumário: 1. Introdução; 2. O aquecimento global e seus impactos sobre a saúde dos trabalhadores; 3. A responsabilidade legal das empresas na União Europeia para conter o aquecimento global; 4. A importância da transição justa para o alcance da neutralidade climática; 5. Considerações finais.

Resumo

O aumento da temperatura mundial é um sério problema relacionado não só ao meio ambiente em si, mas também à saúde dos trabalhadores. A União Europeia, em atenção aos problemas econômicos e sociais decorrentes das alterações do clima, instituiu como meta atingir a neutralidade climática até 2050 e está empenhada em uma transição justa da economia para um modelo baseado no desenvolvimento sustentável. Para tanto, é fundamental uma mudança na postura das empresas, que são responsáveis por grande parte da emissão dos gases que provocam o efeito estufa. O presente trabalho, fruto de pesquisa básica, qualitativa, bibliográfica, documental e exploratória-descritiva, tem por objetivo geral analisar a boa governança corporativa com meio para a transição justa e proteção da saúde dos trabalhadores contra o aquecimento global. Será verificado os impactos deste sobre aquela. Em seguida, averiguar-se-á a responsabilidade legal das empresas na União Europeia no que tange à questão do clima. Por fim, será observada a importância da transição justa para o alcance da neutralidade climática. Acredita-se que o aquecimento global traz sérios prejuízos à saúde dos trabalhadores, mas que há um esforço internacional para contê-lo, protagonizado pela União Europeia, que já estabeleceu muitos planos e regras legais direcionados às políticas internas das empresas no sentido do desenvolvimento sustentável. Por fim, entende-se que a transição justa, na qual estão incluídas as boas práticas de governança corporativa, por ser voltada para a proteção do meio ambiente e dos direitos humanos, contribuirá bastante para que se atinja o balanço líquido zero das emissões e remoções dos gases do efeito estufa.

Palavras-chave: Neutralidade climática; transição justa; governança corporativa; União Europeia.

Abstract

The rise in world temperature is a serious problem related not only to the environment itself, but also to the health of workers. The European Union, in view of the economic and social problems arising from climate change, has set itself the goal of achieving climate neutrality by 2050 and is committed to a just transition of the economy to a model based on sustainable development. Therefore, it is essential to change the posture of companies, which are responsible for much of the emission of greenhouse gases. The present work, fruit of basic, qualitative, bibliographical, documentary and exploratory-descriptive research, has as general objective to analyze the good corporate governance with means for the fair transition and protection of workers' health against global warming. It will be initially checked the impacts of this on that. Next, the legal responsibility of companies in the European Union with regard to climate will be investigated. Finally, the importance of the just transition to achieve climate neutrality will be observed. Global warming is believed to cause serious damage to workers'

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC); analista judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região (CE), onde exerce a função comissionada de assistente de juiz; e-mail: heliohissafilho@alu.ufc.br.

health, but there is an international effort to contain it, led by the European Union, that has already established many plans and legal rules directed to companies' internal policies towards sustainable development. Finally, it is understood that the fair transition, in which good corporate governance practices are included, is focused on the protection of the environment and human rights, will contribute greatly to achieving zero net greenhouse gas emissions and removals.

Keywords: Climate neutrality; just transition; corporate governance; European Union.

1. Introdução

A sociedade contemporânea tem como um dos seus principais desafios a questão climática. A poluição decorrente de gases que provocam o chamado efeito estufa tem gerado a elevação da temperatura global, com sérios danos ao meio ambiente e à saúde dos trabalhadores, bem como à própria subsistência destes, principalmente nos setores mais pobres da sociedade.

De acordo com Souza *et al.*², mortes relacionadas com o trabalho ao ar livre têm sido relatadas em vários países. Os autores citam estudos segundo os quais, durante a onda de calor na França, em 2003, muitos óbitos nos locais de trabalho causados por hipertermia foram identificados. Já nos Estados Unidos, entre 1992 e 2006, 423 trabalhadores rurais faleceram em decorrência de fatores que se relacionavam com o calor excessivo.

Nesse contexto, a União Europeia (UE) adotou política ambiciosa de proteção ambiental. Por meio do Regulamento 2021/1119, do Parlamento Europeu (PE) e do Conselho, de 30 de junho de 2021, foi criado o regime para alcançar a neutralidade climática até o ano de 2050, compromisso assumido em consonância com o Acordo de Paris. É indispensável, para tanto, mudar a conduta empresarial, haja vista que as pessoas jurídicas, notadamente as grandes indústrias, têm significativa responsabilidade pela degradação do meio ambiente.

No Sexto Relatório de Avaliação do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas³ (IPCC, do inglês *Intergovernmental Panel on Climate Change*), observa-se ser inequívoco que as atividades humanas têm causado o aquecimento global, principalmente por meio da emissão dos gases do efeito estufa. Em 2019, 24% destes foram emitidos pelas indústrias, o que demonstra o significativo impacto da atividade empresarial sobre o clima.

Isso posto, o presente estudo tem por objetivo geral analisar a boa governança

² SOUZA, P.M.B., *et al.* Influência das mudanças climáticas sobre as condições de trabalho no final do século XXI. *Ambiente & Sociedade*, vol. 23, 2020, p. 4. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/asoc/a/mHPprQthk9ycjvbfjr36zNf/?format=pdf&clang=pt>. Acesso em: 29.maio.2023.

³ INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). AR6 Synthesis Report Climate Change, 2023, p. 6 e 10. Disponível em: https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_LongerReport.pdf. Acesso em 30.maio.2023.

corporativa com meio para a transição justa e proteção da saúde dos trabalhadores contra o aquecimento global. Tem-se como objetivos específicos: verificar os impactos daquele na saúde dos obreiros; averiguar a responsabilidade legal das empresas na UE no que tange à questão do clima e, por fim, observar a importância da transição justa para atingir a neutralidade climática.

A análise justifica-se porque a questão climática põe em risco os compromissos assumidos pela comunidade internacional com a defesa dos direitos humanos, proteção do meio ambiente e da saúde dos trabalhadores. Mostra-se também relevante, haja vista que a questão tem alcance global e é prioritária para vários líderes mundiais na atualidade, como deixa claro a assinatura do Acordo de Paris por quase 200 países.

É importante destacar que a pesquisa realizada é bibliográfica e documental, baseada na análise de trabalhos acadêmicos (dissertações), artigos científicos, leis, tratados e atos jurídicos da União Europeia, bem como declarações, estudos e relatórios elaborados por organismos internacionais. Também é básica, pois visa ao enriquecimento científico a partir do direito europeu e internacional.

Ainda é: qualitativa, pois a coleta e a análise de dados para a verificação do fenômeno jurídico não serão reduzidas numericamente, e exploratória-descritiva, uma vez que propiciará maior familiaridade com acerca de como as boas práticas de governança corporativa podem contribuir para a transição justa da economia para um modelo ecologicamente sustentável, que proteja os trabalhadores contra os efeitos prejudiciais do aquecimento global.

O presente trabalho está dividido em três tópicos. Inicialmente, será apresentado um panorama acerca do aquecimento global e seus impactos na saúde dos trabalhadores, no qual se buscará compreender como esta é afetada por aquele. Na segunda parte da pesquisa será discutida a responsabilidade legal das empresas na UE para conter o aumento da temperatura mundial, com o escopo de aferir como o ordenamento jurídico europeu disciplina a atividade empresarial para o alcance do desenvolvimento sustentável.

Finalmente, no terceiro tópico do artigo, será analisada a importância da transição justa para o alcance da neutralidade climática, observando-se como as práticas de governança corporativa empresarial podem contribuir para o alcance daquela e, assim, proteger a saúde dos trabalhadores.

2. O Aquecimento Global e seus Impactos sobre a Saúde dos Trabalhadores

O artigo 23º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), da Organização

das Nações Unidas (ONU), assegura aos trabalhadores o direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que possibilite àqueles e às suas famílias existirem com dignidade humana⁴. Esta, contudo, segundo Matos e Mont'alverne⁵, não é possível sem que haja um ambiente ecologicamente sadio que assegure, além da subsistência, bem-estar.

Nesse contexto, o Acordo de Paris⁶, firmado em 2015, levando em consideração os imperativos de uma transição justa da força laboral, a criação de trabalho decente e empregos de qualidade, assevera, em seu artigo 2.1, “a”, que a temperatura média global deve ser mantida inferior a dois graus *celsius* acima dos níveis pré-industriais, bem como se deve buscar esforços para que o aumento da temperatura fique limitado a 1,5 °C superior ao nível pré-industrial, reconhecendo que tais medidas diminuam os riscos e impactos das mudanças climáticas.

Por sua vez, a ONU, também em 2015, estabeleceu a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, que consiste em um plano de ação com 17 objetivos e 169 metas que estimularão ações importantes para a humanidade e para o planeta até o ano de 2030, inclusive a adoção de medidas urgentes acerca da alteração do clima, a fim de sejam suportadas as necessidades não só das gerações presentes, mas também futuras⁷.

Contudo, a Terra segue passando por um sério problema ambiental caracterizado pelo aumento da temperatura. De acordo com o relatório *Estado do Clima Global 2022*⁸, elaborado pela Organização Meteorológica Mundial (OMM), os anos de 2015 a 2022 foram os mais quentes já registrados nos 173 analisados. Em 2021, as concentrações dos três principais gases de efeito estufa, quais sejam, dióxido de carbono, metano e óxido nitroso, bateram recordes e no ano seguinte continuaram a aumentar, segundo dados coletados em tempo real em locais específicos.

A elevação da temperatura impacta negativamente nos trabalhadores, gerando o chamado estresse térmico, o qual, segundo Leite⁹, trata-se de situação em que o organismo da pessoa é

⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral (1948). Declaração Universal dos Direitos Humanos (217 [III] A). Paris. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 20.maio.2023.

⁵ MATOS, A.C.P.; MONT'ALVERNE, T.F. O regime internacional do clima e a proteção aos “refugiados climáticos”: quais desafios da cop 21?. Revista de Direito Internacional, v. 13, n. 2, p. 60, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/54951>. Acesso em: 20.maio.2023.

⁶ BRASIL. Decreto nº. 9.073, de 5 de junho de 2017. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%209.073%2C%20DE%205,22%20de%20abril%20de%202016. Acesso em: 19.maio.2023.

⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. 2015. P. 01/02. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 18.maio.2023.

⁸ ORGANIZAÇÃO METEOROLÓGICA MUNDIAL (OMM). State of the Global Climate 2022. 2023. P. 4. Disponível em: https://library.wmo.int/doc_num.php?explnum_id=11593. Acesso em: 18.maio.2023.

⁹ LEITE, E.S.C.M. Stress Térmico por Calor - Estudo Comparativo dos Métodos e Normas de Quantificação. 2002. Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil (Construção Civil)) - Universidade Federal de Santa Catarina,

agredido pelo calor extremo, que o submete a mecanismos fatigantes. Portanto, não há como dissociar a questão do clima da saúde dos obreiros, estando diretamente relacionada com o meio ambiente.

Existe um limiar de estresse térmico que, se ultrapassado, o corpo humano não consegue manter sua temperatura em nível suficiente para o desempenho normal de suas funções, as quais ficam limitadas, com risco de lesões e doenças, tais como erupções de calor, exaustão provocada por este, câibras e até insolação que pode ser fatal. Destaque-se ainda que a quentura extrema pode implicar redução da produtividade e maior chance de acidente laboral¹⁰.

O trabalho sob estresse térmico, segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT)¹¹, vai de encontro ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) número três da Agenda 2030, qual seja, garantir uma vida saudável e promover o bem-estar de todos, em qualquer idade. Isso porque os esforços para melhorar a saúde, mormente nos países em que não há cobertura universal de cuidados com aquela, ficará impedido com a exposição dos trabalhadores, em larga escala, aos riscos de acidentes gerados pelo calor, bem como a outros danos como insolação, exaustão e até a morte. Frise-se ainda a situação dos migrantes, que poderão ficar mais vulneráveis se não tiverem acesso aos serviços de segurança e saúde no trabalho no país de destino.

Em pesquisa realizada em 27 países, inclusive no Brasil, Alahmad *et al*¹² constataram a existência de uma associação entre temperaturas extremas e mortalidade por doenças cardiovasculares, sendo 99º percentis relacionadas ao calor e 1º ao frio. Para cada 1.000 mortes vinculadas a problemas no coração e ou vasos sanguíneos, nove foram atribuídas a dias muito quentes, enquanto duas tiveram como causa datas bastantes frias. Sousa *et al*¹³ também constataram a relação entre problemas cardiovasculares e o calor extremo, bem como deste com doenças respiratórias.

É importante ressaltar também estudo realizado entre agosto de 2019 e março de 2020 com 92 mulheres grávidas na Zâmbia, de idade igual ou superior a 16 anos de idade, que trabalhavam na agricultura ou em outros serviços manuais (lavagem de roupa, por exemplo) e que estavam com menos de 36 semanas de gestação. Durante o período analisado, a temperatura média

Florianópolis, 2002, p. 6. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/82436/257295.pdf?sequence>. Acesso em: 18.maio.2023.

¹⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Trabalhar num planeta mais quente: O impacto do stress térmico na produtividade do trabalho e no trabalho decente, 2021. P. 15/16. Disponível em: https://ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_771469/lang-pt/index.htm. Acesso em: 18. Maio.2023.

¹¹ *Ibid.*, p. 18.

¹² ALAHMAD, B *et al.* Associations Between Extreme Temperatures and Cardiovascular Cause-Specific Mortality: Results from 27 Countries. *Circulation*, v. 147, n. 1, 2023, p. 35/46. Disponível em: <https://www.ahajournals.org/doi/10.1161/CIRCULATIONAHA.122.061832>. Acesso em: 19.maio.2023.

¹³ SOUSA, T.C.M. *et al.* Doenças sensíveis ao clima no Brasil e no mundo: revisão sistemática. *Revista Panamericana de Salud Pública*, v. 42, 2018, p. 3. Disponível em: <https://scielosp.org/j/tpsp/i/2018.v42/>. Acesso em: 20.maio.2023.

foi de 33,5 °C. Observou-se que, para cada aumento de 1 °C na exposição ao calor, houve uma elevação de 17% na tensão fetal, medida pela elevação da frequência cardíaca e pelo fluxo sanguíneo através do cordão umbilical¹⁴.

Portanto, constata-se que o aumento da temperatura global implica graves consequências para a saúde dos trabalhadores, de maneira que se faz necessário buscar meios efetivos para o controle do aquecimento do planeta, circunstância que justifica a análise da responsabilidade social das empresas, haja vista que são grandes emissoras de gases do efeito estufa.

3. A Responsabilidade Legal das Empresas na União Europeia para Conter o Aquecimento Global

O aquecimento global decorre, em grande medida, da atividade econômica desenvolvida pelas pessoas jurídicas. Estudo realizado pelo *Climate Accountability Institute* e publicado em 2019 mostra que, entre 1965 e 2017, apenas 20 empresas (dentre as quais está a Petrobras) foram responsáveis, juntas, pela emissão de 480 bilhões de toneladas de dióxido de carbono e metano, o que foi equivalente a 35% de todas as emissões de combustíveis fósseis e cimento do planeta¹⁵.

A UE aderiu ao Acordo de Paris e tem sido protagonista no que tange ao desenvolvimento sustentável e proteção dos trabalhadores quanto às variações climáticas. A Diretiva do Conselho de 30 de novembro de 1989¹⁶, relativa às prescrições mínimas de segurança e de saúde para os locais de trabalho, por exemplo, assegura, em seu anexo um, artigo 21.3, “a”, que os obreiros que laboram de forma externa devem ficar protegidos contra as influências atmosféricas.

Já o artigo 19-A da Diretiva 2013/34/UE, incluído pela Diretiva 2014/95/UE do Parlamento Europeu (PE) e do Conselho, de 22 de outubro de 2014¹⁷, dispõe que as empresas com mais de 500 empregados devem inserir, em seus relatórios de gestão, informações acerca do impacto de suas atividades sobre as questões ambientais, sociais, relativas aos trabalhadores e aos direitos humanos, incluindo-se a descrição da política adotada no que tange aos referidos temas,

¹⁴ BONELL, A *et al.* Environmental heat stress on maternal physiology and fetal blood flow in pregnant subsistence farmers in The Gambia, west Africa: an observational cohort study. *The Lancet Planetary Health*, v. 6, n. 12, 2022, p. 968 e 973. Disponível em: <https://www.thelancet.com/action/doSearch?type=quicksearch&text1=Environmental+heat+stress+on+maternal+physiology+and+fetal+blood+flow+in+pregnant+subsistence+farmers+in+The+Gambia%2C+west+Africa%3A+an+observational+cohort+study&field1=AllField&journalCode=lanplh&SeriesKey=lanplh>. Acesso em: 19. maio.2023.

¹⁵ CLIMATE ACCOUNTABILITY INSTITUTE (CAI). Carbon Majors: Update of Top Twenty companies 1965-2017. 2019, p. 1. Disponível em: <https://climateaccountability.org/publications/>. Acesso em: 20. maio.2023.

¹⁶ CONSELHO. Diretiva do Conselho de 30 de novembro de 1989, relativa às prescrições mínimas de segurança e de saúde para os locais de trabalho. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31989L0654>. Acesso em: 21. maio.2023.

¹⁷ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 2013/34/UE no que se refere à divulgação de informações não financeiras e de informações sobre a diversidade por parte de certas grandes empresas e grupos, 22 out. 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0095>. Acesso em: 21. maio.2023.

com os resultados obtidos e os processos de diligência aplicados.

Como parte das medidas para executar a Agenda 2030 da ONU, a Comissão Europeia (CE) estabeleceu, em 2019, o Pacto Ecológico Europeu (PEE), que se trata de uma estratégia de crescimento visando a uma sociedade próspera e equitativa, com uma economia moderna, competitiva e que tenha zero emissões líquidas de gases do efeito estufa em 2050, alcançando, assim, a neutralidade climática¹⁸.

Por sua vez, o Regulamento (UE) 2021/1119 do PE e do Conselho, de 30 de junho de 2021 (lei europeia do clima)¹⁹, levando em consideração que um objetivo fixo de longo prazo contribui de forma essencial para o emprego de qualidade elevada, definiu, em seu artigo 2.1, em consonância com o PEE, que até 2050 as emissões e remoções dos gases do efeito estufa devem ser equilibradas, reduzindo-se a zero o balanço líquido daquelas. Após o referido ano, deverá ser alcançado nível de lançamentos negativo.

Nesse contexto, o Parlamento Europeu, em março de 2021, recomendou à CE que fosse adotada, sob a forma de diretiva, uma regulamentação acerca do dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade, para que estas identifiquem, previnam (ou atenuem) e reparem os impactos de suas atividades sobre os direitos humanos e o meio ambiente, o que foi adotado pela Comissão Europeia em fevereiro de 2022²⁰.

A proposta de diretiva levou em consideração expressamente que o comportamento das empresas é fundamental, em todos os setores econômicos, para que a UE tenha sucesso na transição para a economia verde e com impacto neutro no clima. Em seu artigo 1.1, “a” e “b”, fixou regras concernentes às: obrigações para as empresas inerentes aos efeitos negativos, potenciais ou reais, sobre os direitos humanos e meio ambiente, de suas próprias operações ou das filiais, e às da cadeia de valor realizadas por entidades com as quais mantenham relação empresarial. Ademais, foram estabelecidas normas sobre a responsabilidade em caso de violações aos mencionados deveres.

No que tange aos mencionados efeitos negativos, tem-se que abrangem, especialmente, questões inerentes aos direitos humanos, tais como situações inadequadas de segurança e saúde no

¹⁸ COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Pacto Ecológico Europeu. Bruxelas: 11.dez. 2019, p. 2/3. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF. Acesso em: 20.maio.2023.

¹⁹ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2021/1119 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de junho de 2021, que cria o regime para alcançar a neutralidade climática e que altera os Regulamentos (CE) n.º 401/2009 e (UE) 2018/1999 («Lei europeia em matéria de clima»). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R1119>. Acesso em: 20.maio.2023.

²⁰ VIEIRA, S.C.S. O dever de diligência como instrumento de efetivação da proteção do meio ambiente: análise da proposta de regulamentação no direito europeu. 2023. 96 f.: Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2023. P. 62. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/71886>.

local de trabalho, a exploração dos obreiros e os efeitos ambientais, incluindo-se a emissão de gases com efeito estufa²¹. Assim, o dever de diligência tem por objetivo direto proteger os trabalhadores das consequências nefastas do aquecimento global.

O artigo 15º da proposta de diretiva trata especificamente do combate às alterações climáticas. Assevera que os Estados-Membros da UE devem garantir que as empresas que possuam mais de 500 trabalhadores e as que, constituídas nos termos da legislação de um país terceiro, tenham gerado volume de negócios líquidos superior, na União, a 150 milhões de euros no penúltimo exercício financeiro, adotem um plano segundo o qual a estratégia e o modelo de negócio sejam compatíveis com a limitação do aquecimento global a 1,5 °C, como definido no Acordo de Paris, bem como com a transição para uma economia sustentável.

Ainda de acordo com o mencionado artigo, os países que integram a UE precisam assegurar que as empresas incluam, no aludido plano, objetivos de diminuição das emissões de gases do efeito estufa, caso as mudanças climáticas sejam, ou devam ser, identificadas como risco (ou efeito) principal de suas operações. Destaque-se ainda que o cumprimento dessas obrigações deve ser considerado para fixar a remuneração variável do administrador da empresa que haja contribuído para a estratégia adotada, para os interesses e sustentabilidade a longo prazo.

Observa-se, portanto, que a responsabilidade empresarial para o alcance da neutralidade climática e para a proteção dos direitos humanos, o que inclui a saúde dos trabalhadores, está contida no ordenamento jurídico da UE de forma atrelada a mudanças na política interna empresarial. Passa-se a construir uma transição justa da economia para combater o aquecimento global.

4. A Importância da Transição Justa para o Alcance da Neutralidade Climática

A transição justa, de acordo com Álvarez Cuesta²², caracteriza-se como uma alteração do modelo produtivo para uma economia com baixas emissões de carbono e inclusiva, que deixa ninguém para trás e, ao mesmo tempo, aumenta as chances de justiça social, prosperidade econômica, direito e proteção para todos. Observa-se, assim, pela definição exposta, que se trata de uma mudança significativa do paradigma do sistema capitalista, cujo enfoque atual, predominantemente, é o lucro, sem maior preocupação com os danos ambientais e para a sociedade.

²¹ COMISSÃO EUROPEIA. Proposta de Diretiva COM(2022) 71 final, relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937. União Europeia, 2022, p. 03/04. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0018.02/DOC_1&format=PDF. Acesso em: 20. maio.2023.

²² ÁLVAREZ CUESTA, H. Transición Justa y Lucha Contra el Cambio Climático en el Pacto Verde Europeo en el Proyecto de Ley de Cambio Climático en España. IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball, 2020, n.º 2, pp. 79.

Segundo o PEE²³, a Comissão proporá mecanismos para uma transição justa, sendo que a gestão desta implicará alterações significativas nos modelos empresariais. Nos quadros de governança deverá ser integrada a sustentabilidade e as empresas e instituições financeiras terão que divulgar os seus dados ambientais e climáticos de forma mais aberta, a fim de que os investidores sejam cientificados de maneira plena acerca do caráter sustentável dos seus investimentos.

Nesse contexto, há uma proposta de regulamento do PE e do Conselho que institui o Fundo para a Transição Justa (FTJ)²⁴ para, de acordo com o seu artigo 1.1, apoiar os territórios que enfrentam sérios desafios sociais e econômicos oriundos do processo transitório para a economia com neutralidade climática na UE até 2050. Está previsto, no artigo 4.2, “h”, “i”, e “j”, apoio às seguintes atividades relacionadas diretamente aos trabalhadores: requalificação destes e melhoria de competências; inclusão ativa de candidatos à vaga de emprego e assistência na procura deste.

Portanto, a transição justa no âmbito da UE pressupõe uma readequação das políticas empresariais, com enfoque no desenvolvimento sustentável, o qual, por sua vez, tem a neutralidade climática até o ano de 2050 e a proteção dos trabalhadores como meta. A aprovação da proposta de diretiva acerca do dever de diligência empresarial pode contribuir bastante para a mudança pretendida, já que determina que as empresas adotem estratégias para limitar o aquecimento global, nos termos definidos no Acordo de Paris.

A OIT²⁵, por sua vez, também se preocupa com o tema sob análise e propõe algumas diretrizes. No que tange à governança corporativa, defende que os governos e os interlocutores sociais promovam a adoção, pelas empresas, de políticas de longo prazo que sejam sustentáveis do ponto de vista ambiental, como as que limitam as emissões de carbono, bem como fomentem, quando oportuno, a participação do próprio governo, dos trabalhadores e dos representantes destes no processo para alcançar o objetivo estabelecido, em um contexto de proteção e criação de empregos.

Propõe também, a Organização, que sejam avaliados os novos riscos (e seus agravamentos) decorrentes das mudanças climáticas e da escassez de recursos, dentre outros, para a saúde e segurança no trabalho (SST), bem como identificadas medidas preventivas para assegurá-la e de proteção. Ademais, considera que nos programas de certificação da sustentabilidade devem ser

²³ COMISSÃO EUROPEIA, *op. cit.*, p. 18/19.

²⁴ COMISSÃO EUROPEIA. Proposta de Regulamento COM(2020) 22 final, que institui o Fundo para uma Transição Justa. União Europeia, 2020, p. 14/16. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2020/0022/COM_COM\(2020\)0022_PT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2020/0022/COM_COM(2020)0022_PT.pdf). Acesso em: 22.maio.2023.

²⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Diretrizes de política para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos. Ginebra, 2015, p. 14. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---cd_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_432865.pdf. Acesso em: 22.maio.2023.

incluídos aspectos de SST.²⁶

Toda essa preocupação internacional está gerando mudanças no comportamento empresarial e maior consciência acerca das questões ambientais. O recente estudo denominado *Greening Enterprises Transforming Processes and Workplaces*²⁷, elaborado pela OIT em 2022, demonstrou que, considerando-se apenas os Estados Unidos, os países que já integram a UE e os que são candidatos a integrá-la, a Turquia, inclusive, 90% das empresas adotaram, em 2021, alguma providência para tornar mais ecológicos seus processos produtivos.

Quando a amostra incluiu países em desenvolvimento de renda média baixa, o resultado foi que, em 2019, 70% das empresas formais adotaram pelo menos uma medida verde, sendo mais relatada a diminuição do gasto de energia, seguida de providências contra a poluição e de gerenciamento de água. Observa-se, assim, que a transição justa já vem acontecendo, impulsionada pelas práticas corporativas de governança²⁸.

Sob outro enfoque, é importante destacar também as dificuldades empresariais para a adoção de uma conduta responsável quanto ao clima. Nesse contexto, o referido estudo da OIT constatou, quanto às empresas multinacionais, problemas como incertezas em relação às políticas climáticas, falta de lucratividade, de investimento e indisponibilidade de tecnologia verde.²⁹

Ademais, as práticas sustentáveis, tanto nos países desenvolvidos quanto em desenvolvimento, permanecem limitadas nas micro, pequenas e médias empresas (MPME) por causa do acesso restrito a financiamento, ausência de informação e conhecimento sobre inovação e aplicação fraca da regulamentação em alguns contextos. Falta de apoio financeiro para a transição justa, complexidade dos procedimentos jurídicos e administrativos e a ausência de fornecimento de materiais necessários também são barreiras enfrentadas por algumas MPMEs³⁰.

Quanto aos informais, tem-se as fragilidades estruturais da economia e dos marcos regulatórios nacional e setorial como prejudiciais à própria formalização e à mudança para uma economia sustentável³¹.

No caso da União Europeia, a implantação do FTSJ poderá resolver ou, pelo menos, reduzir as dificuldades acima relatadas, já que no artigo 4.2 , “a”, da proposta de regulamento, está previsto apoio ao investimento produtivo em pequenas e médias empresas (PMEs), inclusive em

²⁶ *Ibid.*, p. 16.

²⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Greening Enterprises Transforming Processes and Workplaces**. Geneva, 2022, p. XX. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_861384.pdf. Acesso em: 23.maio.2023.

²⁸ *Ibid.*, p. XX.

²⁹ *Ibid.*, p. XIX.

³⁰ *Ibid.*, p. XIX.

³¹ *Ibid.*, p. XIX.

fase de arranque, que levem à reconversão e à diversificação econômicas³².

Por todo o exposto, tem-se que, apesar das dificuldades, as práticas de governança corporativa estão sendo implementadas no sentido do desenvolvimento sustentável e contribuindo, ainda que lentamente, para a transição justa. Esta é fundamental para o alcance da neutralidade climática e para a proteção dos trabalhadores contra as mudanças do clima, pois estabelece um modelo econômico com enfoque no social e no respeito ao meio ambiente.

Considerações Finais

O modelo econômico atual se mostra bastante maléfico aos trabalhadores, cuja saúde resta comprometida pelos efeitos do aquecimento global. Doenças cardiovasculares, respiratórias e até a morte de pessoas estão relacionadas com o aumento da temperatura do planeta, que atinge inclusive os fetos das mulheres gestantes, circunstâncias que evidenciam a gravidade do problema.

Nesse contexto, entende-se bastante positivo o compromisso assumido pela União Europeia de ser protagonista no que tange à proteção ambiental. Suas metas ambiciosas e a preocupação de estabelecer planos e normas sobre a conduta empresariais para o alcance da neutralidade climática são fundamentais para que esta seja atingida em 2050, tanto que a maioria das empresas europeias já adota práticas sustentáveis.

É importante ressaltar, contudo, que ainda existem bastantes entraves e que as pessoas jurídicas, a despeito da maior conscientização acerca dos problemas ambientais, são ainda responsáveis por grande parte da emissão dos gases do efeito estufa. Para um avanço mais significativo, é essencial aprovar a proposta de regulamentação do dever de diligência das empresas e o FTS, medidas que trariam, por um lado, mais clareza acerca das políticas internas a serem implementadas e apoio financeiro, bem como, por outro, facilitaria a responsabilização daqueles que descumprissem suas obrigações para com o meio ambiente.

A transição justa do modelo econômico vigente para outro mais focado no desenvolvimento sustentável do que no lucro puro e simples é fundamental para a proteção da saúde dos trabalhadores e para conter o aumento da temperatura mundial, na medida em que se propõe a conciliar o crescimento da economia com a responsabilidade social, que se tornam indissociáveis. Depende, porém, do sucesso da adoção de boas práticas de governança corporativa, para que um dos principais agentes poluidores, as empresas, passem a figurar como protetoras do meio ambiente e dos direitos humanos.

³² COMISSÃO EUROPEIA, *op. cit.*, p. 15.

Referências

ABREU, J.M. Coutinho de. Dever de Diligência das Empresas e Responsabilidade Civil (A Propósito do Projeto de Diretiva do Parlamento Europeu de 10/3/2021). 2022, p. 29/39. In: ABREU, Jorge M. Coutinho de; MARTINS, Alexandre de Soveral; DIAS, Rui Pereira (org.). Dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial. Disponível em: https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/106498/1/Dever%20de%20dilig%C3%Aancia%20das%20empresas_ebook.pdf. Acesso em: 21. Maio.2023.

ALAHMAD, B *et al.* Associations Between Extreme Temperatures and Cardiovascular Cause-Specific Mortality: Results from 27 Countries. *Circulation*, v. 147, n. 1, 2023, p. 35/46. Disponível em: <https://www.ahajournals.org/doi/10.1161/CIRCULATIONAHA.122.061832>. Acesso em: 19. maio.2023.

ÁLVAREZ CUESTA, H. Transición Justa y Lucha Contra el Cambio Climático en el Pacto Verde Europeo en el Proyecto de Ley de Cambio Climático en España. *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, 2020, n.º 2, pp. 74-100.

BONELL, A. *et al.* Environmental heat stress on maternal physiology and fetal blood flow in pregnant subsistence farmers in The Gambia, west Africa: an observational cohort study. *The Lancet Planetary Health*, v. 6, n. 12, 2022, p. 968/976. Disponível em: <https://www.thelancet.com/action/doSearch?type=quicksearch&text1=Environmental+heat+stress+on+maternal+physiology+and+fetal+blood+flow+in+pregnant+subsistence+farmers+in+The+Gambia%2C+west+Africa%3A+an+observational+cohort+study&field1=AllField&journalCode=lanplh&SeriesKey=lanplh>. Acesso em: 19. Maio.2023.

BRASIL. Decreto nº. 9.073, de 5 de junho de 2017. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%209.073%2C%20DE%205,22%20de%20abril%20de%202016. Acesso em: 19. maio.2023.

CLIMATE ACCOUNTABILITY INSTITUTE (CAI). Carbon Majors: Update of Top Twenty companies 1965-2017. 2019. Disponível em: <https://climateaccountability.org/publications/>. Acesso em: 20. Maio.2023.

COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Pacto Ecológico Europeu. Bruxelas: 11.dez. 2019. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF. Acesso em: 20. Maio.2023.

COMISSÃO EUROPEIA. Proposta de Diretiva COM (2022) 71 finais, relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937. União Europeia, 2022. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0018.02/DOC_1&format=PDF. Acesso em: 20. Maio.2023.

COMISSÃO EUROPEIA. Proposta de Regulamento COM (2020) 22 finais, que institui o Fundo para uma Transição Justa. União Europeia, 2020, p. 14/16. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2020/0022/COM_COM\(2020\)0022_PT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2020/0022/COM_COM(2020)0022_PT.pdf). Acesso em: 22. Maio.2023.

CONSELHO. Diretiva do Conselho de 30 de novembro de 1989, relativa às prescrições mínimas de segurança e de saúde para os locais de trabalho. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31989L0654>. Acesso em: 21. Maio.2023.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). AR6 Synthesis Report Climate Change, 2023. Disponível em: https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_LongerReport.pdf. Acesso em 30. Maio.2023.

LEITE, E.S.C.M. Stress Térmico por Calor - Estudo Comparativo dos Métodos e Normas de Quantificação. 2002. Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil (Construção Civil)) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. P. 6. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/82436/257295.pdf?sequence>. Acesso em: 18. Maio.2023.

MATOS, A.C.P.; MONT'ALVERNE, T.F. O regime internacional do clima e a proteção aos “refugiados climáticos”: quais desafios da cop 21? Revista de Direito Internacional, v. 13, n. 2, p. 55-76, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/54951>. Acesso em: 20. Maio.2023

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 18. Maio.2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral (1948). Declaração Universal dos Direitos Humanos (217 [III] A). Paris. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 20. Maio.2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Directrices de política para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos. Ginebra, 2015, p. 14 e 16. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_432865.pdf. Acesso em: 22. Maio.2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Greening Enterprises Transforming Processes and Workplaces. Geneva, 2022, p. XX. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_861384.pdf. Acesso em: 23. Maio.2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Trabalhar num planeta mais quente: O impacto do stress térmico na produtividade do trabalho e no trabalho decente. 2021. Disponível em: https://ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_771469/lang-pt/index.htm. Acesso em: 18. Maio.2023.

ORGANIZAÇÃO METEOROLÓGICA MUNDIAL (OMM). State of the Global Climate 2022. 2023. Disponível em: https://library.wmo.int/doc_num.php?Explnum_id=11593. Acesso em: 18. Maio.2023.

SOUSA, T.C.M. de *et al.* Doenças sensíveis ao clima no Brasil e no mundo: revisão sistemática. Revista Panamericana de Salud Pública, v. 42, 2018, p. 01/10. Disponível em: <https://scielosp.org/j/rpsp/i/2018.v42/>. Acesso em: 20. Maio.2023.

SOUZA, P.M.B.o de *et al.* Influência das mudanças climáticas sobre as condições de trabalho no final do século XXI. Ambiente & Sociedade, vol. 23, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/asoc/a/mHPprQthk9ycjvbfjr36zNf/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29. Maio.2023.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 2013/34/UE no que se refere à divulgação de informações não financeiras e de informações sobre a diversidade por parte de certas grandes empresas e grupos, 22 out. 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=>

CELEX:32014L0095. Acesso em: 21. Maio.2023.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2021/1119 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de junho de 2021, que cria o regime para alcançar a neutralidade climática e que altera os Regulamentos (CE) n.º 401/2009 e (UE) 2018/1999 («Lei europeia em matéria de clima»). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R1119>. Acesso em: 20. Maio.2023.

VIEIRA, S.C.S. O dever de diligência como instrumento de efetivação da proteção do meio ambiente: análise da proposta de regulamentação no direito europeu. 2023. 96 f.: Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2023. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/71886>. Acesso em: 16. Maio.2023.

AS *Smart Cities* e o (Direito) à Inclusão Social

Isabel Celeste Fonseca¹

Camilo Stangherlim Ferraresi²

Sumário: 1. Introdução; 2. As *Smart Cities* e o Direito à Cidade; 3. As Smart Cities como fator de inclusão social; Considerações Finais.

Resumo: O artigo se refere as *Smart Cities* como possibilidade de (re) organização de espaços urbanos inclusivos e democráticos. O processo acelerado de urbanização e desenvolvimento tecnológico coloca as cidades no centro das questões globais. O principal desafio é a transformação dos espaços urbanos em cidades inteligentes, inclusivas e sustentáveis para enfrentar os riscos decorrentes da urbanização mundial, promover um desenvolvimento urbano ambientalmente sustentável e garantir a participação de todos no processo de construção das cidades do futuro. A partir desse contexto, o problema que o artigo pretende enfrentar pode ser delimitado: em que medida essa cidade inteligente do futuro (Smart City) orientada pelo Direito à Cidade a partir da ODS 11 é um modelo de cidade que pode (rá) a partir da utilização de novas tecnologias emergir como espaço humanizado de inclusão social? Como resultado da pesquisa se observou que a governança inclusiva, com a participação dos atores que (con) vivem no espaço urbano é fundamental para projetar a ressignificação das cidades do futuro enquanto processo constante e inacabado de transformação. A necessidade de transformação é fundamental para que no futuro próximo as Smart Cities sejam mais justas, inclusivas, sustentáveis, resilientes, seguras e tecnológicas, capazes de assegurar a acessibilidade e condições dignas de existência aos grupos sociais mais vulneráveis. A inclusão social e a ampliação da cidadania são pressupostas para a (re) construção das cidades inteligentes do futuro para as pessoas, humanas, inclusivas, resilientes e sustentáveis.

Palavras-chave: Direito à Cidade (Inteligente); *Smart Cities*; Direitos Humanos; Governança Participativa.

Abstract: The article refers to Smart Cities as a possibility of (re)organization of inclusive and democratic urban spaces. The accelerated process of urbanization and technological development places cities at the center of global issues. The main challenge is the

¹ PhD degree in Public Law at Law Faculty of University of Coimbra. Professor at University of Minho Law School and Director of Administrative Law Master. Researcher at JusGov, Center for Research in Justice and Governance, University of Minho Law School. Member of the editorial board of the magazine: *Cadernos de Justiça Administrativa e Questões Actuais de Direito Local*. Has experience of participating in European research projects on topics involving the application of Information and Communication Technologies. Author of monographs and scientific articles in the area of administrative law and administrative organization and in particular in the fields of smart cities, public contracting law, administrative organization law and administrative procedural law.: *Estudos de Direito das Autonomias Locais*, Coimbra, Gestlegal, 2020; Isabel Fonseca (ed.), *E. Governança*, *Transparência e Proteção de Dados*, JusGov, 2021 (Almedina, Coimbra). Email: isabel.uminho@gmail.com

² Pós-doutorando em Direito na Universidade do Minho (Braga - Portugal), Doutor em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos - São Leopoldo - RS), Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (Bauru - SP). Especialista em Gestão e Formação de Educadores em Turismo pela Universidade do Sagrado Coração (Bauru - SP). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru - SP (ITE). Professor e Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru (FIB). Investigador Integrado Doutorado, no âmbito das atividades do E-Tec, JusGov e Investigador do Projeto Smart Cities and Law, E.Governance and Rights, JusGov - Escola de Direito da Universidade do Minho, com atuação nas seguintes áreas: Direito à Cidade, Smart Cities, Direitos Humanos, Direitos Fundamentais, Filosofia do Direito e Direito Empresarial. Email: camilostangherlimferraresi@gmail.com

transformation of urban spaces into smart, inclusive and sustainable cities to face the risks arising from global urbanization, promote environmentally sustainable urban development and ensure everyone's participation in the process of building the cities of the future. From this context, the problem that the article intends to face can be delimited: to what extent this smart city of the future (Smart City) guided by the Right to the City from SDG 11 is a city model that can (will) from the use of new technologies emerge as a humanized space for social inclusion? As a result of the research, it was observed that inclusive governance, with the participation of actors who (coexist) in the urban space is fundamental to project the re-signification of the cities of the future as a constant and unfinished process of transformation. The need for transformation is fundamental so that in the near future Smart Cities are more just, inclusive, sustainable, resilient, safe and technological, capable of ensuring accessibility and dignified conditions of existence for the most vulnerable social groups. Social inclusion and the expansion of citizenship are assumptions for the (re)construction of the smart cities of the future for people, humane, inclusive, resilient and sustainable.

Keywords: Right to the (Smart) City; *Smart Cities*; Human rights; Participatory governance.

1 – Introdução

A vida humana se realiza nas cidades em todas as suas possibilidades, para a plena possibilidade de experimentação de direitos e, paradoxalmente, também acontece (ra) m situações de negação e restrição de direitos. As cidades são um processo inacabado, em constante mutação, e o espaço urbano é o local que se coloca como condição de possibilidade de vida futura digna em um modelo de (re) ocupação do solo urbano a partir das cidades inteligentes, capaz de propiciar a construção de projetos de vidas que permitam o desenvolvimento e a significação da vida humana.

Por outro lado, as cidades são polos de desenvolvimento econômico, têm grande responsabilidade com o bem-estar da população e concentram grande parte das ofertas de trabalho, educação, equipamentos culturais, serviços públicos e privados. (BRASIL, 2020). De acordo com dados da Organização das Nações Unidas (ONU), em 2014, 54% da população mundial vivia em áreas urbanas, com projeção de crescimento para 70% em 2050. (ONU-HABITAT, 2022).

Nesse cenário de expansão da urbanização, o desenvolvimento humano do futuro se dará nos espaços urbanos e, por essa razão, há especial interesse no planejamento, organização e regulação das cidades para (re) construção de espaços em que a vida humana se realiza (rá) constantemente. Uma vez que o desenvolvimento humano se dará nas cidades, a dimensão humana deve ser incorporada no planejamento urbano das cidades do futuro para (re) construção dessas cidades de forma a incorporar os desafios globais que se colocam na complexidade da sociedade pós-moderna.

Nesse contexto, o problema que o artigo pretende enfrentar pode ser delimitado: em que medida essa cidade inteligente do futuro (*Smart City*) orientada pelo Direito à Cidade

a partir da ODS 11 é um modelo de cidade que pode(rá) a partir da utilização de novas tecnologias emergir como espaço humanizado de inclusão social?

2 – As *Smart Cities* e o Direito à Cidade

As cidades modernas são o retrato do processo de industrialização e da mudança da população rural para o espaço urbano, dessa forma, a cidade incorpora a existência da sociedade urbana, que é a realidade social que nasce no entorno do indivíduo, das relações construídas a partir da convivência humana.

A evoluir nos próximos anos, é possível a hipótese de uma urbanização completa da sociedade, como resultado, o surgimento de uma sociedade urbana. (LEFEBVRE, 2019) Nesse sentido, Lefebvre destaca que sociedade urbana é a sociedade que nasce do processo de industrialização, é “a sociedade constituída por esse processo que domina e absorve a produção agrícola. Essa sociedade só pode ser concebida ao final de um processo no curso do qual explodem as antigas formas urbanas, herdadas de transformações descontínuas”. (LEFEBVRE, 2019, p. 18).

Para melhor compreensão e aprofundamento do tema, é importante, ainda que preliminarmente, a significação da cidade. Lefebvre (2016), elucida, na teoria, o conceito de cidade:

Na teoria, *o conceito de cidade* (da realidade urbana) compõem-se de fatos, de representações e de imagens emprestadas à cidade antiga (pré-industrial, pré-capitalista) mas em curso de transformação e de nova elaboração. Na prática o *núcleo urbano* (parte essencial da imagem e do conceito de cidade) está rachando, e, no entanto, consegue se manter; transbordando, frequentemente deteriorado, às vezes apodrecendo, o núcleo urbano desaparece. Se alguém proclama seu fim e sua reabsorção no tecido, isto constitui um postulado e uma afirmação sem provas. (LEFEBVRE, 2016, p. 21, grifo do autor).

Como se verifica, o conceito de cidade de Lefebvre (2016) é dinâmico, em movimento, em ressignificação constante a partir das transformações sociais, econômicas, tecnológicas, experimentadas pelo desenvolvimento da humanidade. Por essa razão, o núcleo urbano é seu retrato, mas a fragmentação é possibilidade de transformação, de novos horizontes e possibilidades. O transbordamento pode ser significado como a possibilidade de mudança de modelo e expansão do sentido de cidade.

O transbordamento do conceito de cidade é identificado por Lefebvre (2019) como a fase crítica desse processo (des) contínuo de construção do espaço urbano e aqui se projeta(rá) a proposta de sua ressignificação a partir de um modelo de cidade inteligente do futuro. Isto porque a cidade é uma “obra civilizatória, produto social e humano” (CARLOS,

2020, p. 354) e, nesse sentido, “a questão especial se elabora no plano de construção do humano na medida em que o ato/atividade de produzir espaço é em si um ato e atividade de produção da vida”. (CARLOS, 2020, p. 354). A cidade é condição e obra da realização humana e a produção e reprodução de processos de construção de vida permitem a modificação constante dos caminhos e possibilidade de organização contínua do espaço urbano.

Nesse contexto, o cenário de um processo acelerado de urbanização, colocam as cidades no centro das questões globais. Atualmente a maioria da população mundial vive nas cidades, ou seja, de acordo com dados da Organização das Nações Unidas (ONU), em 2014, 54% da população mundial vivia em áreas urbanas e a urbanização deverá continuar projetando-se, para 2050, cerca de 70% da população mundial vivendo nas cidades. (ONU-HABITAT, 2022).

Diante de um processo acelerado de urbanização e das transformações sociais a partir da emergência de novas tecnologias, o sistema do Direito se coloca como pressuposto para a (re) organização do espaço urbano. Nesse sentido, o Direito à Cidade se coloca como fio condutor do processo de transformação das cidades e as *Smart Cities* se colocam como modelo de cidades do futuro a melhor atender as necessidades de uma sociedade complexa que reivindica inclusão social e participação nos processos de tomada de decisão das questões públicas (e privadas de interesse público) no âmbito do espaço urbano.

Não se pode olvidar que o Direito à Cidade foi inicialmente concebido por Lefebvre como o direito ao encontro, à criação e à participação no processo de construção do espaço urbano. O Direito à Cidade é o “direito à vida urbana renovada e de qualidade – com todo conjunto de implicações a este associado, destacando-se o direito de participação na construção da cidade, no sentido de apropriação do espaço urbano pelos cidadãos. (FERREIRA, 2020, p. 229).

Lefebvre (2016, p. 139) destaca que o Direito à cidade é o direito “à vida urbana, à centralidade renovada, aos locais de encontro e de trocas, aos ritmos de vida e empregos do tempo que permitem o uso pleno e inteiro desses momentos e locais etc.)”. Harvey (2014), ao analisar o Direito à Cidade em Henry Lefebvre, explica que o seu surgimento foi uma queixa e uma exigência, ou seja, “a queixa era uma resposta à dor existencial de uma crise devastadora da vida cotidiana na sociedade”. (HARVEY, 2014, p. 11).

A formulação de Lefebvre sobre o Direito à Cidade enquanto queixa e exigência, se amolda a necessidade de um processo constante de resignificação desse direito, para atender a emergência de uma urbanização não planejada e em constante transformação, que

ao excluir os indivíduos das potencialidades da vida urbana não lhes permitem experimentarem todas as suas possibilidades de existência.

Nesse diapasão de transbordamento do conceito e evolução das cidades, a Agenda 2030 da ONU, em especial, do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 11, que tem como finalidade tornar as cidades e comunidades inclusivas, seguras, resilientes e sustentáveis e as cidades do futuro deverão organizar elementos estruturantes para a concretização deste objetivo. A *Smart City* como modelo de cidades do futuro, deverá organizar elementos estruturantes fundamentais para (re) construção das cidades, ou seja, inclusão (social e digital), sustentabilidade, resiliência, segurança e espaços virtuais. Vanin (2019) destaca que as “Cidades Inteligentes tem sido pauta nos debates globais, como por exemplo, a Nova Agenda Urbana, documento da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre o tema, que tem o objetivo indicar os caminhos de como as cidades podem ser planejadas, financiadas e governadas”.

A agenda 2030 em seu objetivo 11 (ODS 11) trata especificamente do desenvolvimento das cidades. Não se pode olvidar, que a vida se realiza nas cidades e o espaço urbano é o locus adequado para projetar novas possibilidades de convivência que permitam, de forma igualitária, livre e não discriminatória, a significação de existência digna. Esse modelo de cidade inteligente do futuro deve necessariamente observar as diretrizes e metas estabelecidas pela Agenda 2030 para a construção de uma sociedade urbana mais justa, solidária e igualitária, em que todos e todas tenham a possibilidade de usufruir dos bens produzidos na/pela cidade e a planejar os projetos de uma vida digna. As metas previstas no objetivo 11 estão relacionadas diretamente com a (re) adequação das cidades de modo a (re) construir espaços de urbanos inteligentes, inclusivos, sustentáveis e resilientes que impactarão na (in) efetividade dos direitos humanos.

Com o surgimento de novos direitos, novas tecnologias e a emergência das transformações sócio-ambientais, o modelo de *Smart Cities* se coloca como possibilidade para a (re) organização dos espaços urbanos a garantir a qualidade de vida das pessoas no contexto dos desafios da hipercomplexidade contemporânea. Contudo, ainda não existe um conceito único sobre o que são cidades inteligentes e a indefinição jurídico conceitual é um desafio para o Direito (FONSECA; PRATA, 2019), mas existe um consenso de que uma cidade inteligente deve ter como foco as pessoas, a melhoria da qualidade de vida da sua população. Nesse diapasão, a Carta Brasileira para as Cidades Inteligentes conceitua:

CIDADES INTELIGENTES São cidades comprometidas com o desenvolvimento urbano e a transformação digital sustentáveis, em seus aspectos econômico, ambiental e sociocultural, que atuam de forma planejada, inovadora, inclusiva e em rede, promovem o letramento digital,

a governança e a gestão colaborativas e utilizam tecnologias para solucionar problemas concretos, criar oportunidades, oferecer serviços com eficiência, reduzir desigualdades, aumentar a resiliência e melhorar a qualidade de vida de todas as pessoas, garantindo o uso seguro e responsável de dados e das tecnologias da informação e comunicação. (BRASIL, 2020, s.n.)

A multiplicidade de possibilidades na cidade contemporânea decorre de contínuos movimentos de crise (CAVALLAZZI; FAUTH, 2014) que permite a abertura de possibilidade para o modelo das cidades inteligentes, desde que estabelecidos elementos estruturantes e que o ponto central seja a (re) organização do espaço urbano para as pessoas. As metas previstas no objetivo 11 estão relacionadas diretamente com a (re) adequação das cidades de modo a (re)construir espaços de ocupação urbanos inteligentes, inclusivos, sustentáveis e resilientes que impactarão na (in)efetividade dos direitos humanos. As *Smart Cities* como modelo de cidades do futuro, deverá organizar elementos estruturantes fundamentais para (re) construção das cidades, ou seja, inclusão (social e digital), sustentabilidade, resiliência, segurança e espaços virtuais.

A identificação de elementos estruturantes como ponto de partida para essa cidade do futuro inteligente, pode-se desdobrar a pressupostos ou pilares de orientação para as *Smart Cities*, ou seja, inovação tecnológica, pessoas inteligentes, economia inteligente, modo de vida inteligente, mobilidade, meio ambiente e governação local inteligente (FONSECA; PRATA, 2019), “onde todos esses pilares se tornam interdependentes” (FONSECA; PRATA, 2019, p. 249) e o “Direito será essencial para estruturar de forma coordenada esta nova realidade emergente, evitando ir a reboque da mesma, como tem acontecido até então. (FONSECA; PRATA, 2019, p. 253).

Os elementos identificados como estruturantes do modelo de *Smart City* dialogam entre si e se complementam, haja vista que sustentabilidade, resiliência, inclusão, segurança e transição digital são elementos que são condições necessárias para materialização do outro. E por serem elementos interdependentes, são elementos estruturantes, ou seja, são as bases fundamentais para o reconhecimento ou definição de um espaço urbano inteligente. A inteligência das cidades a partir da utilização de tecnologias e da governança participativa é ponto central para o futuro das cidades sustentáveis, seguras, resilientes, inclusivas e virtuais.

Nesse processo de ressignificação das cidades da emergência das *Smart Cities*, os Direitos Humanos e objetivo 11 (ODS) da Agenda 2030 da ONU são indispensáveis para a atribuição de sentido para atender às necessidades sociais e mediar esses reclamos com os interesses econômicos que envolvem os movimentos de urbanização e transformação das cidades.

3 – AS Smart Cities Como Fator de Inclusão Social

As cidades inteligentes são formas de ocupação organizada racionalmente do solo urbano essenciais para a implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), assim, a *Smart City* como modelo de cidades do futuro deverá organizar elementos estruturantes fundamentais para (re) construção das cidades, ou seja, inclusão (social e digital), sustentabilidade, resiliência, segurança e espaços virtuais.

A projeção das cidades inteligentes do futuro a partir da Agenda 2030 é fundamental para espaços urbanos inclusivos, uma vez que o Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis da ONU tem como finalidade “combater as desigualdades e a discriminação, a fim de garantir que ‘ninguém seja deixado para trás’ e para assegurar a sua realização os ODS incluem dois objetivos dedicados ao combate à discriminação e à desigualdade, os ODS 5 e 10”. (CAMPELLO, 2020, p. 25). A Agenda 2030 projeta objetivos, que se concretizados, possibilitam a realização dos Direitos Humanos de todos e todas e, por consequência, a realização de vidas possíveis dignas.

Dos elementos indicados como estruturantes das cidades inteligentes a partir do ODS 11 da Agenda 2030, a inclusão social se coloca como irradiador de sentido para (re) construção de espaços urbanos inteligentes e humanos. Isto porque as cidades inteligentes devem ter como ponto central as pessoas e a tecnologia deve estar a serviço da melhoria da qualidade de vida das pessoas que nas cidades vivem. As cidades inteligentes:

Colocam as pessoas no centro do desenvolvimento e proporcionam (melhoria da) qualidade de vida a todas e a todos. São agradáveis para viver e facilitam o convívio entre as pessoas. Respeitam a autonomia e as escolhas individuais, ao mesmo tempo que respeitam o interesse público, os direitos coletivos e difusos (aqueles que se referem à coletividade, a várias pessoas ao mesmo tempo). Equilibram natureza, ambiente construído e ambiente digital. Para isso, usam a tecnologia de forma ética, a serviço do bem comum e das pessoas, respeitando a dignidade humana e a privacidade. (BRASIL, 2020, s.p.)

Colocar as pessoas no centro do desenvolvimento e proporcionar melhoria da qualidade de vida a todas e a todos deve ser o fio condutor para a (re) organização das cidades do futuro, uma vez que a oportunidade de transformação do espaço urbano perpassa pela sua humanização tendo como horizonte de sentido a ética dos Direitos Humanos. Muitas vezes há imediata associação da tecnologia como núcleo central da projeção de significado para as cidades inteligentes, contudo, a tecnologia deve e será uma característica importante a facilitar a interligação dos elementos estruturantes, bem como, para potencializar a efetividade de direitos das pessoas que vivem nas cidades.

As cidades inteligentes devem facilitar o convívio entre as pessoas e respeitar a autonomia e as escolhas individuais, que se inserem no elemento estruturante “inclusão social” e, por essa razão, se aborda no presente artigo como irradiador transversal de sentido e significado para os demais elementos que presentes identificam as cidades consideradas inteligentes.

A participação de toda população nos processos de tomada de decisão das questões relacionadas com a vida urbana é fundamental para materialização da inclusão e, por isso, as cidades inteligentes devem desenvolver uma governança ampla, aberta e transparente. O engajamento das pessoas, além de gerar inclusão digital e inovação social, por meio de processos participativos e colaborativos, estabelece (rá) laços significativos de coesão social, elemento subjetivo fundamental para a construção do sentimento de pertencimento a localidade e cuidado com o planejamento futuro.

Pode-se destacar a sub-representação feminina como violação da igualdade de gênero nos processos de tomada de decisão e no poder local. Isabel Celeste M. Fonseca e Eva Macedo destacam que a “sub-representação feminina (i) revela um nível de garantia dos direitos políticos das mulheres inferior ao dos homens; (ii) obstaculiza a efetiva realização da igualdade entre homens e mulheres e (iii) atenta contra a sustentabilidade dos regimes democráticos.” (FONSECA; MACEDO, p. 116).

Assim, a inclusão social deve (rá) ser incorporada de forma transversal aos demais elementos estruturantes e ao conceito de cidade inteligente ou *Smart City* a partir do diálogo com a ODS 11, ou seja, as cidades inteligentes deverão ser inclusivas. Nesse ponto especificamente é que se verifica especial atenção aos grupos sociais mais vulneráveis, haja vista a dificuldade de viver em uma sociedade que não os incluiu adequadamente pelo fato de não estar adaptada. (FERRARESI, 2021). As cidades do futuro devem nortear o planejamento urbano de modo a atender as necessidades desses atores sociais de maneira a assegurar a inclusão social, o acesso a novas tecnologias, o remodelamento dos espaços urbanos, a participação no planejamento urbano e nos processos de tomada de decisão das questões sensíveis a vida nas cidades.

A inclusão social deve ser o norte para compreensão das mudanças que devem ocorrer na sociedade, e especificamente, nas cidades do futuro para assegurar existência digna às pessoas, em especial, aos grupos mais vulneráveis. Sasaki (2004, p. 41) define inclusão social “como o processo pelo qual a sociedade se adapta para poder incluir, em seus sistemas sociais gerais, pessoas com necessidades especiais e, simultaneamente, estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade”.

Pode-se identificar o processo de inclusão social tem como característica a bilateralidade, uma vez que, de um lado, encontra-se a sociedade com o dever de se preparar, se adaptar para poder incluir e, de outro, as pessoas excluídas, que devem se capacitar para assumir seu papel na sociedade. (FERRARESI, 2010). Neste processo bilateral, “[...] a sociedade deve ser modificada a partir do entendimento de que ela é capaz de atender às necessidades de seus membros”. (SASSAKI, 2004, p. 41). A prática da inclusão repousa em princípios até então considerados incomuns, tais como: a aceitação das diferenças individuais, a valorização de cada pessoa, a convivência dentro da diversidade humana, a aprendizagem através da cooperação. (SASSAKI, 2004).

A inclusão social pode ser reconhecida como um direito à inclusão, uma vez que a Constituição brasileira estabeleceu um dever ao Estado de inclusão. Trata-se de mandamento constitucional e objetivo fundamental da República Federativa do Brasil previsto no artigo 3º, que ao tratar dos objetivos da República Federativa do Brasil, estabeleceu constitucionalmente a necessidade de transformação da sociedade e sua construção a partir de justiça, liberdade e solidariedade, conforme elucida Figueiredo (2006, p. 167):

O reconhecimento de que o Art. 3º é a cláusula transformadora da Constituição brasileira demonstra que tal dispositivo não está posto apenas com força simbólica, ou com o intuito de coibir atitudes do Estado que lhe sejam aviltantes, ele impõe a erradicação da pobreza e das disparidades regionais e, em consequência, está ordenando a criação de políticas públicas, dispostas a reordenar a sociedade para torná-la mais equitativa.

Essa cidade do futuro orientada a partir do ODS 11 é um modelo de cidade que pode (rá) a partir da utilização de novas tecnologias emergir como espaço humanizado de inclusão e realização de direitos humanos, especialmente dos grupos sociais mais vulneráveis, uma vez que as metas estabelecidas pela Agenda 2030 tratam de efetivação de direitos, como por exemplo, direito à acessibilidade, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, democracia participativa. As metas previstas no objetivo 11 estão relacionadas diretamente com a (re) adequação das cidades de modo a (re) construir espaços de ocupação urbanos inclusivos, sustentáveis, seguros e resilientes que impactarão na (in) efetividade dos direitos humanos dos grupos sociais mais vulneráveis.

Aqui se insere a meta 11.3 do ODS 11 que estabelece como meta até 2030 aumentar a urbanização inclusiva e sustentável, e as capacidades para o planejamento e gestão de assentamentos humanos participativos, integrados e sustentáveis, em todos os países. A promoção da sustentabilidade urbana perpassa pela “governança local, mudanças de comportamento e atitudes, revisão dos objetivos do planejamento do uso do solo, entre outros.” (LEITE, 2012, p. 133).

A inclusão social perpassa por todos os grupos vulneráveis ou em situação de risco, sendo o ponto de intersecção entre eles a necessidade de políticas públicas e ações privadas que tenham conteúdo antidiscriminatório e igualitário. As cidades devem ser “inclusivas, proporcionando a todos os habitantes, permanentes ou transitório, o exercício da cidadania e de direitos de igualdade, independente de gênero, classe, raça, etnia, religião, orientação sexual, idade, origem e outros fatores”. (AMANAJÁS, KLUG, 2018, p. 37).

A meta 11.2 que estabelece que até 2030, deverá proporcionar o acesso a sistemas de transporte seguros, acessíveis, sustentáveis e a preço acessível para todos, melhorando a segurança rodoviária por meio da expansão dos transportes públicos, com especial atenção para as necessidades das pessoas em situação de vulnerabilidade, mulheres, crianças, pessoas com deficiência e idosos. A mobilidade é “o grande instrumento de exercício do direito à cidade e, portanto, de acesso a serviços, emprego, cultura, lazer e bens. Uma estrutura de mobilidade deficiente ou inadequada pode causar ou intensificar o grau de exclusão social desse grupo”. (AMANAJÁS; KLUG, 2018, p. 37).

A meta 11.3 que prevê o aumento da urbanização inclusiva e sustentável, e as capacidades para o planejamento e gestão de assentamentos humanos participativos, integrados e sustentáveis, em todos os países; e, a meta 11.7 que tem como objetivo proporcionar o acesso universal a espaços públicos seguros, inclusivos, acessíveis e verdes, particularmente para as mulheres e crianças, pessoas idosas e pessoas com deficiência; destacam o conteúdo jurídico antidiscriminatório e igualitário do Direito à Cidade (Inteligente) e da ressignificação dos espaços urbanos a partir das *Smart Cities*. Nesse diapasão, explica Campello (2020, p. 38):

Os ODS enfatizaram a igualdade e a não discriminação, visto que os esforços para o desenvolvimento nas últimas décadas falharam em produzir melhorias suficientes para os marginalizados e excluídos, incluindo as mulheres, crianças, povos indígenas, migrantes, idosos, pessoas com deficiência e pobres. Com efeito, as metas de não discriminação constituem um passo importante para agenda de desenvolvimento global. Por exemplo, a meta 10 que trata de ‘reduzir a desigualdade dentro e entre países’. Também, a meta 16.b que pretende ‘promover e aplicar leis e políticas não discriminatórias para o desenvolvimento sustentável’. Os objetivos e metas citadas também destacam a importância de melhorar a situação de alguns grupos específicos.

Os ODS prestam atenção especial à igualdade de gênero e a finalidade do “ODS 5, por exemplo, é ‘alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas’, e a primeira meta deste objetivo é “eliminar todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas em todos os lugares”. (CAMPELLO, 2020, p. 38-39). Isto porque, nas

idades “as desigualdades de gênero se manifestam impactando o cotidiano da vida das mulheres, sua autonomia e o exercício de seus direitos”. (AMANAJÁS; KLUG, 2018, p. 37). O Direito à Cidade Inteligente deve orientar a (re)organização do espaço urbano humano livre de discriminação com base em gênero, idade, estado de saúde, renda, nacionalidade, origem étnica, status de imigração ou orientação política, religiosa ou sexual; que engloba minorias e a diversidade étnica, racial, sexual e cultural que respeite, proteja e promova todos os costumes, memórias, identidades, idiomas e expressões artísticas e culturais não discriminatórias de seus habitantes; concretização da igualdade de gênero e implantação de medidas necessárias para combater a discriminação contra mulheres e meninas em todas as suas formas; políticas públicas e privadas para garantir o pleno desenvolvimento de mulheres e meninas, garantir-lhes igualdade no exercício e na realização dos direitos humanos e uma vida livre de violência. Políticas públicas voltadas à promoção de oportunidades iguais de acesso aos espaços públicos e à mobilidade incentivam as imprescindíveis trocas culturais do tecido social, fomentando interações e convivência comunitária e a diminuição do desequilíbrio coletivo.

Pode-se destacar, como metas do ODS 11 relacionadas a inclusão, sustentabilidade e resiliência: a meta 11.4, fortalecer esforços para proteger e salvaguardar o patrimônio cultural e natural do mundo; 11.5, reduzir significativamente o número de mortes e o número de pessoas afetadas por catástrofes e substancialmente diminuir as perdas econômicas diretas causadas por elas em relação ao produto interno bruto global, incluindo os desastres relacionados à água, com o foco em proteger os pobres e as pessoas em situação de vulnerabilidade; meta 11.6, reduzir o impacto ambiental negativo per capita das cidades, inclusive prestando especial atenção à qualidade do ar, gestão de resíduos municipais e outros. (PLATAFORMA AGENDA 2030, 2015).

O direito à inclusão social é fundamental para a construção de cidades inteligentes e humanas. Nas cidades inteligentes do futuro, estruturadas a partir dos elementos inclusão, sustentabilidade, resiliência, segurança e tecnologia, a (re) organização do espaço urbano deve (râ) ter como foco as pessoas e os grupos sociais em situação de vulnerabilidade, razão pela qual o significado de incluir deve ser incorporado de forma transversal pelos demais elementos estruturantes. A Agenda 2030 e a Carta brasileira para cidades inteligentes tem como premissa “não deixar ninguém para trás e “isso significa: (1) comprometer-se a reduzir desigualdades históricas que prejudicam o acesso de pessoas e grupos sociais vulneráveis a oportunidades, bens e serviços; (2) estruturar ações adequadas à ampla diversidade territorial do país, de forma a “não deixar nenhum município para trás”. (BRASIL, 2020)

A qualificação de cidade inteligente não se caracteriza (rá) apenas com o avanço das novas tecnologias, mas sim, quando a utilização das ferramentas e inovações tecnológicas desenvolverem o sentimento de coesão social nos habitantes do espaço urbano. (MOURA, 2019, p. 68). Coesão social se verifica quando os habitantes da cidade se sentem envolvidos e integrantes de uma comunidade, interdependentes, ligados pelo sentimento de solidariedade social. (MOURA, 2019, p. 68).

Dessa forma, as *Smart Cities* devem ser um espaço (re) construído a partir da perspectiva humana, apto a garantir a qualidade de vida de todas as pessoas que (con) vivem em seu perímetro. As cidades do futuro devem ser “vivas, seguras, sustentáveis e saudáveis” (GEHL, 2015, p. 6), como condição de possibilidade para a realização de projetos de vida digna com significado, a usufruir de forma igualitária dos benefícios da vida urbana e a inclusão (social e digital) seja assegurada como direito aos grupos mais vulneráveis.

3. Considerações Finais

A cidade do futuro deve proporcionar aos seus habitantes, espaços e serviços públicos de qualidade que melhoram as interações sociais e a participação política, promovem expressões socioculturais que abraçam a diversidade e promovem a coesão social. (NACIONES UNIDAS, 2020). A coesão social e o senso de pertencimento decorrem da participação política ativa a partir da governança participativa e dos laços sociais estabelecidos entre os diversos grupos sociais a partir do equilíbrio social.

O desequilíbrio social é determinante para desconstrução do senso de pertencimento a uma comunidade política “porque não são estabelecidos laços de solidariedade entre os distintos grupos que vivem em locais diferentes, representam papéis distintos e estão imersos em realidades díspares”. (SOUZA; ALBINO; 2020; p. 439). A coesão social é um processo de construção do sentimento de pertencimento à comunidade a partir da participação da população urbana nas questões relacionadas com o bem comum da comunidade, ou seja, “para que muitas das formas de poder atuais se façam responsáveis e muitos dos complexos problemas que afetam aos cidadãos nos âmbitos local, regional, nacional e global se regulem democraticamente, as pessoas devem ter acesso a diversas comunidades políticas e pertencer a elas. (LIMBERGER; SALDANHA, 2012, p. 222).

A inclusão como elemento estruturante das *Smart Cities* é condição de possibilidade para assegurar a eliminação de todos os tipos de barreiras que impossibilitem os grupos sociais mais vulneráveis a usufruir dos bens produzidos pela cidade e a participar dos processos de decisão local. O direito à inclusão é uma importante ferramenta de

transformação social, garantindo mudanças comportamentais que possibilitam a vida e a felicidade de todos e todas que convivem nas cidades. A inclusão social é o fio condutor para (re) construção da coesão social no espaço urbano, haja vista é necessário (con) viver para pertencer à comunidade.

A cidade deve ser o lugar de encontro das pessoas, porque o encontro propicia a comunicação e possibilidade de se pensar junto a realidade urbana; a partir do encontro se fortalece os laços de convivência e a sensação de pertencimento que permitirá a ampliação da cidadania e a governança participativa; nos encontros existe a construção do reconhecimento do ser individual a partir do outro e as cidades tornam-se espaços mais inclusivos. Assim, atividades sociais no espaço público são importantes para possibilitarem os “encontros”, ou seja, “atividades sociais exigem a presença de outras pessoas e incluem todas as formas de comunicação entre as pessoas no espaço público. Se há vida e atividade no espaço urbano, então também existem muitas trocas sociais. Se o espaço da cidade dor desolado e vazio, nada acontece”. (GEHL, 2015, p. 22).

As cidades “são locus de articulação e organização social e econômica e, por isso, sem um compromisso com os projetos e programas, os princípios de sustentabilidade, manutenção do bem-estar e da qualidade de vida tornam-se mera falácia”. (GUIMARÃES, 2020, p. 198). A governança inclusiva, com a participação dos atores que (con) vivem no espaço urbano é fundamental para projetar a ressignificação das cidades do futuro enquanto processo constante e inacabado de transformação.

A necessidade de transformação é fundamental para que no futuro próximo as *Smart Cities* sejam mais justas, inclusivas, sustentáveis, resilientes, seguras e tecnológicas, capazes de assegurar a acessibilidade e condições dignas de existência aos grupos sociais mais vulneráveis. A inclusão social e a ampliação da cidadania são pressupostas para a (re) construção das cidades inteligentes do futuro para as pessoas, humanas, inclusivas, resilientes e sustentáveis.

Referências

AMANAJÁS, R; KLUG, L. Direito à cidade, cidades para todos e estrutura sociocultural urbana. *In*: COSTA, Marco Aurélio; MAGALHÃES, Marcos Thadeu Queiroz; FAVARÃO, Cesar Bruno (org.) A nova agenda urbana e o Brasil: insumos para sua construção e desafios a sua implementação. Brasília, DF: Ipea, 2018. p. 29-44.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento (SNS). Carta Brasileira para cidades inteligentes. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/desenvolvimento-urbano/carta-brasileira-para-cidades-inteligentes/CartaBrasileiraparaCidadesInteligentes2.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2022.

- CAMPELLO, L.G.B. Direitos humanos e a Agenda 2030: uma mudança de paradigma em direção a um modelo mais equilibrado para o desenvolvimento sustentável. *In*: CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio (coord.). Direitos humanos e meio ambiente: os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030. 1 ed. - São Paulo: IDHG, 2020. p. 22-41.
- CARLOS, A.F.A. Henri Lefebvre: o espaço, a cidade e o “direito à cidade”. *Revista Direito e Praxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1. p. 349-369, 2020. Disponível em: <https://www.publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/48199>. Acesso em: 13 dez. 2022.
- CAVALLAZZI, R.L.; FAUTH, G. Cidade standard e vulnerabilidades em processos de precarização: blindagens ao direito à cidade. *In*: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM ARQUITETURA E URBANISMO, 3., 2014, São Paulo. Arquitetura, cidade e projeto: uma construção coletiva. São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.anparq.org.br/dvd-enparq-3/htm/Artigos/ST/ST-EPC-007-1-CAVALLAZZIFAUTH.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2022.
- FERRARESI, C.S. O direito ao lazer da pessoa portadora de necessidades especiais na constituição federal. São Paulo: Porto de Ideias, 2010.
- FERRARESI, C.S. A Ressignificação do Direito à Cidade a partir ds Direitos Humanos: As *Smart Cities* como um espaço para garantir a qualidade de vida das pessoas com deficiência. 1. ed. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2021.
- FERREIRA, A.R.M. Rafael Marchezan. Direito à cidade e direito urbanístico: limites e relações recíprocas. *In*: LIBÓRIO, Daniela Campos (coord.). Direito Urbanístico: fontes do direito urbanístico e direito à cidade. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 229-244.
- FIGUEIREDO, I. Políticas públicas e a realização dos direitos sociais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.
- FONSECA, Isabel Celeste M.; MACEDO, Eva. A participação das mulheres no poder local: notas sobre uma (im) paridade (des) conhecida. *In*: FONSECA, Isabel Celeste M. Direito das Autonomias (Locais): Estudos Reunidos. Braga: NEDip, 2019. p. 245-265.
- FONSECA, I.C.M.; PRATA, A.R.A. Smart Cities vs. Smart (er) governance: cidades inteligentes, melhor governação (ou não). *In*: FONSECA, Isabel Celeste M. Direito das Autonomias (Locais): Estudos Reunidos. Braga: NEDip, 2019. p. 245-265.
- GEHL, J. Cidades para pessoas. Tradução: Anita Di Marco. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2015.
- HARVEY, D. Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana. Tradução Jeferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- LEITE, C. Cidades sustentáveis, cidades inteligentes: desenvolvimento sustentável num planeta urbano. Porto Alegre: Bookman, 2012.
- LEFEBVRE, H. A revolução urbana. Tradução: Sérgio Martins. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2019.
- LEFEBVRE, H. O direito à cidade. Tradução: Rubens Eduardo Frias. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2016.
- MOURA, M. A revolução das cidades. *Época Negócios*, São Paulo, n 148, p. 62-70, jun. 2019.
- PLATAFORMA AGENDA 2030: acelerando as transformações para a Agenda 2030 no Brasil. [S. l.], 2015. Disponível em: [http://www.agenda2030.com.br/ods/11/Agenda 2030](http://www.agenda2030.com.br/ods/11/Agenda%2030). Acesso em: 22 dez. 2022.

SASSAKI, R.K. Inclusão: construindo uma sociedade para todos. 5. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

VANIN, F.S. As cidades inteligentes e seus desafios jurídicos. Brasília, DF: Geodireito, 11 mar. 2019. Disponível em: <https://geodireito.com.br/index.php/2019/03/11/opiniao-as-cidades-inteligentes-e-seus-desafios-juridicos/> Acesso em: 13 nov. 2020.

Constitucionalismo Feminista: a Importância do Pensamento Feminista e da Participação das Mulheres no Direito

Feminist Constitutionalism: the Importance of Feminist Thought and Women's Participation in Law

Isabela Christina Arrieta Masieiro¹

Sumário: 1. A ausência da mulher na construção do pensamento constitucional; 2. O que é o constitucionalismo feminista; 3. Os impactos da participação das mulheres no direito constitucional brasileiro; Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a importância da participação das mulheres e do movimento feminista na construção do pensamento constitucional, afinal o constitucionalismo foi criado por homens e para homens, por isso, através de uma pesquisa bibliográfica, na leitura de livros e artigos científicos que tratam sobre o histórico do constitucionalismo e dos impactos gerados pela participação das mulheres na Constituição Federal brasileira de 1988, vigente até os dias de hoje no Brasil. De início pretende-se evidenciar a exclusão das mulheres do pensamento constitucional, após é explicado mais sobre o constitucionalismo feminista, um movimento acadêmico que pretende conscientizar as pessoas da invisibilização das mulheres quando da construção do pensamento constitucional e da necessidade de se adotar uma perspectiva de gênero. Por fim, apresenta-se os impactos positivos da participação das mulheres no direito constitucional, tendo como o exemplo a Assembleia Constituinte brasileira que ocorreu em 1987-1988 e resultou na Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã e que marcou a redemocratização do país e a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Constitucionalismo Feminista; Construção do Pensamento Constitucional; Perspectiva de Gênero;

Abstract: This paper aims to demonstrate the importance of women's participation and the feminist movement in the construction of constitutional thought, after all, constitutionalism was created by men and for men, therefore, through a bibliographical research, in the reading of books and scientific articles that deal with the history of constitutionalism and the impacts generated by women's participation in the Brazilian Federal Constitution of 1988, in force until today in Brazil. At first, the exclusion of women from constitutional thought is highlighted. Then, feminist constitutionalism, an academic movement that intends to make people aware of the invisibilization of women in the construction of constitutional thought and the need to adopt a gender perspective, is further explained. Finally, the positive impacts of women's participation in constitutional law are presented, taking as the example the Brazilian Constituent Assembly that took place in 1987-1988 and resulted in the Federal Constitution of 1988, known as the Citizen Constitution and which marked the redemocratization of the country and the consolidation of the Democratic State of Law.

Keywords: Feminist Constitutionalism; Construction of Constitutional Thought; Gender Perspective.

¹ Mestranda em Ciências Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Membro do Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL/LAB - UENP). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo PROJURIS. Graduada em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos (UNIFIO). E-mail: isabela_masieiro@fio.edu.br.

1. A Ausência da Mulher na Construção do Pensamento Constitucional

Entender como se desenvolveu o pensamento constitucional e o constitucionalismo é importante pois se trata de uma construção histórica primordial para a organização da sociedade, bem como para a evolução da humanidade juntamente com o direito, visto que as teorias do contrato social têm justamente como objetivo a estabelecer uma nova ordem social, com regras que chamamos de Direito.

Carole Pateman² em seu livro *Contrato Sexual* expõe a invisibilidade das mulheres no que ela chama de “a mais famosa e influente história da política nos tempos moderno”, que é a teoria do contrato social, pois neste contrato que explica a gênese do direito, metade da história está faltando. Segundo a autora «a sociedade civil patriarcal está dividida em duas esferas, mas só se presta atenção a uma delas. A história do contrato social é tratada como um relato da constituição da esfera pública da liberdade civil»³, ou seja, a esfera privada na qual a mulher está colocada não é considerada politicamente relevante, pois os teóricos clássicos consideram que as mulheres tenham, naturalmente, os atributos e capacidades de um indivíduo.

Esta afirmação de Pateman pode ser ilustrada logo nas primeiras páginas do livro *O Contrato Social: Princípios do Direito Político* de J. J. Rousseau, em que ele afirma que a família é sociedade mais antiga que existe e que «é a família, pois, o primeiro modelo das sociedades políticas, o chefe é a imagem do pai, o povo a dos filhos, e todos, tendo nascido iguais e livres, só alienam sua liberdade em proveito próprio»⁴.

Com isso, vê-se claramente como a mulher foi completamente excluída do Contrato Social, tanto que não chega nem a ser mencionada ao se tratar da família como um modelo de sociedade política. Em relação a isso, segundo Catherine Mackinnon⁵ a metodologia do feminismo deve ser a conscientização da mulher em relação ao local em que ocupa na sociedade, por isso, a partir de então será observada a evolução histórica do constitucionalismo com ênfase na exclusão da mulher.

A evolução histórica do constitucionalismo é dividida por Maurizio Fioravanti⁶ nas seguintes etapas: Constitucionalismo primário, o qual é representado com referência a um

² PATEMAN, C, 1940. *O Contrato Sexual*. Tradução: Marta Avancini, 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022

³ PATEMAN, C, 1940. *O Contrato Sexual*. Tradução: Marta Avancini, 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022, p. 16.

⁴ ROUSSEAU, J.J, 1712-1778. *O Contrato Social: princípios do direito político*. Tradução: Antonio de Pádua Danesi, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 46.

⁵ MACKINNON, C.A. *Towards a feminist theory of the State*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1989.

⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo: Percorsi della storia e tendenze attuali*. 1 ed. Bari: Gius. Laterza & Figli, 2009.

espaço político e territorial dentro do qual opera um complexo de forças, que pode ser de origem feudal ou corporativa e que não se encontra regido por um princípio de soberania ou democrático que o legitime, mas sim sua capacidade de garantir a paz e um equilíbrio razoável entre as forças presentes no território.

Constitucionalismo das revoluções ou o chamado Constitucionalismo moderno, que ao contrário do percurso anteriormente visto, não se baseou apenas na limitação e equilíbrio de poder, pelo contrário, baseou-se em uma ruptura, em que ao invés da pluralidade de poderes, haveria apenas um poder soberano, baseado na igualdade. Constitucionalismo da era liberal, que diz respeito principalmente à noção de reforma da constituição, um problema não tratado no constitucionalismo das revoluções, e apesar de parecer consolidado, após os eventos dramáticos da primeira metade do século XX, as guerras e o totalitarismo forçaram todos a repensar o modelo constitucional europeu liberal, que levou em direção ao nascimento da Constituição democrática⁷.

Deste modo, mesmo que seja notável o fato de que o constitucionalismo possui várias fases, o que mais nos interessa é aquele marcado pelas constituições modernas, pois a noção de constituição e de constitucionalismo que se tem nos tempos atuais advém do século XVIII e diz respeito à incidentes históricos europeus e ocidentais⁸.

Porém, em nenhuma das fases do constitucionalismo houve uma relevante participação das mulheres, por isso parece interessante abordar o Contrato Sexual de Carole Pateman, visto que a data de 1762, de publicação do Contrato Social de Rousseau, é emblemática, pois é quando a Constituição passa a ser ela própria uma expressão de soberania e tem como objetivo acabar com o antigo regime e construir uma nova sociedade fundada no princípio da igualdade⁹.

O que marca a fase do constitucionalismo moderno é o iluminismo e as teorias do contrato social, bem como a revolução francesa. É também nesta época que Rousseau publica o seu livro Do Contrato Social, que diz respeito ao nascimento da sociedade civil, liderada por um soberano e que se deu através de um pacto social de liberdade e igualdade¹⁰.

A crítica de Carole Pateman em relação a essa ideia contratualista se dá, principalmente, ao fato de que o pacto social seria um ato de liberdade e igual, porém, as

⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo: Percorsi della storia e tendenze attuali*. 1 ed. Bari: Gius. Laterza & Figli, 2009, p. 47-60.

⁸ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 15.

⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo: Percorsi della storia e tendenze attuali*. 1 ed. Bari: Gius. Laterza & Figli, 2009 p.19.

¹⁰ PENNA, Maria Cristina Vitoriano Martines. *Constitucionalismo: origem e evolução histórica*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 21, n. 1, p. 149-178, 2013, p. 14.

mulheres não nascem livres, elas não têm a liberdade natural que Rousseau pretende manter na organização da sociedade civil, «as mulheres não participam do contrato original através do qual os homens transformam sua liberdade natural na segurança da liberdade civil. As mulheres são o objeto do contrato»¹¹.

Portanto, em relação a teoria contratualista, que foi de grande importância para a construção do pensamento constitucional, é visível a invisibilização da mulher, tanto como sujeito de direitos quanto como pessoa com capacidade política. No entanto tal pensamento é o adotado durante o iluminismo, até a ocorrência da Revolução Francesa, com a Declaração Universal do Homem e do Cidadão, em que mulheres como Olympe de Gouges e Mary Wollstonecraft aproveitaram o momento para reivindicar os direitos das mulheres, afinal, eram os tempos de proteção da autonomia e liberdade individual, mas apenas para os homens e a reivindicação pelos direitos políticos das mulheres foi silenciada.¹²

Após as Revoluções chamadas de Liberais-Burguesas é que se deu início o constitucionalismo moderno que abriu os caminhos para o direito constitucional atual, contudo, como visto, a construção desse pensamento constitucional, de Constituição como uma «ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político»¹³, se deu através da exclusão das mulheres. Por isso hoje fala-se então em constitucionalismo feminista e perspectiva de gênero.

2. O que é o Constitucionalismo Feminista

A partir da ausência da participação das mulheres na construção do constitucionalismo, tem-se também a invisibilização dos seus direitos, o que é contemporânea à formação dos ordenamentos jurídicos modernos, na medida em que elas foram e são relegadas das instituições responsáveis pela organização do poder.

Sobre isso, Alda Facio¹⁴ afirma que a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), de 1979, foi a primeira Carta Magna que, de fato, levou em consideração a perspectiva de gênero ao estabelecer os direitos

¹¹PATEMAN, Carole, 1940. O Contrato Sexual. Tradução: Marta Avancini, 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022, p. 19.

¹²MIGUEL, Luis Felipe. Carole Pateman e a crítica feminista do contrato. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 32, n. 93, e329303, 2017.

¹³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. P. 52.

¹⁴FACIO, Alda. A Magna Carta For All Women. Women and the Economy: A Reader, v. 1, n. 1, p. 337–346, 2015.

humanos, já os demais instrumentos são comumente elaborados levando em consideração apenas a perspectiva dos homens.

O constitucionalismo, como limitador do poder, afirma a ideia de que a democracia não deve levar à violação dos direitos humanos ou à opressão das minorias, no entanto, nos sistemas constitucionais a lei é um instrumento de poder social e, no geral, as mulheres não escreveram ou concordaram com as constituições¹⁵, por isso, o constitucionalismo feminista vem com a ideia de questionar essa ausência, principalmente devido ao fato de a constituição ocupar o topo da pirâmide de poder, o que faz com que ela dificilmente seja questionada quanto a sua forma.

A Constituição costuma ser entendida como pacificadora, consensual, asseguradora da paz social, o que faz com que abordar sobre uma modificação desse texto fundacional do atual sistema democrático seja uma ousadia, ou seja, questionar a forma constitucional ou pensar em uma reforma é considerado uma inconsequência parecida com a de Pandora, ao abrir a caixa e deixar escapar os males do mundo¹⁶. O feminismo vem, justamente, explicar as relações de poder que fundam a base da desigualdade entre mulheres e homens.

Isto posto, tem-se que o constitucionalismo feminista tem como principal objetivo evidenciar a diferença estruturalmente imposta na sociedade entre homem e mulher fazendo isso através da construção do pensamento constitucional, afinal, demonstrar que metade da sociedade não faz parte ou sequer foi consultada sobre como deve funcionar as estruturas e instituições sociais é bastante cômodo para aqueles poucos que detém esses poderes.

O constitucionalismo feminista pode então ser entendido – e pretende ser aqui abordado – como mais uma parte da construção do pensamento constitucional. Sendo assim, o que é o constitucionalismo feminista? Ele é, basicamente, o projeto de repensar a norma constitucional de uma forma que aborda e reflete o pensamento e a experiência feminista¹⁷.

No entanto, a proposta do constitucionalismo feminista não é só a de repensar o direito constitucional, segundo o Dicionário Feminista Brasileiro de 2022¹⁸, esse movimento também reivindica o poder fundamental de redefinir as experiências constitucionais a partir de uma perspectiva de gênero.

¹⁵ BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi (Eds.). *Feminist Constitutionalism: global perspectives*. 1. ed. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 03.

¹⁶ FERNÁNDEZ, Itziar Gómez. ¿Qué es eso de reformar la Constitución con perspectiva de género? Mitos caídos y mitos emergentes a partir del libro *Una Constituyente feminista*. EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad, n. 16, p. 312-329, 29 mar. 2019.

¹⁷ BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi (Eds.). *Feminist Constitutionalism: global perspectives*. 1. ed. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 19.

¹⁸ FACHIN, Melina. *Constitucionalismo Feminista*. In: TERRA, Bibiana (org.). *Dicionário Feminista Brasileiro: conceitos para a compreensão dos feminismos*. São Paulo: Editora Dialética, 2022, ebook.

Deste modo, ficou evidente que as mulheres foram excluídas do pensamento constitucional, porém, a partir do movimento denominado constitucionalismo feminista que foi aqui descrito, as mulheres conseguiram enxergar essa exclusão e se unir para que ela não continue sendo uma realidade, por isso, este artigo visa demonstrar como esse movimento de mulheres (mesmo antes de ser denominado constitucionalismo feminista) foi e é importante para a noção de uma perspectiva de gênero dentro do direito, principalmente no Brasil a partir do processo de redemocratização do país.

3. Os Impactos da Participação das Mulheres no Direito Constitucional Brasileiro

Desde então foi mencionada a exclusão (proposital) das mulheres do âmbito do direito constitucional e, conseqüentemente, do ambiente público e político, bem como da tomada de consciência das mulheres em relação a essa invisibilidade através do movimento do constitucionalismo feminista. Por isso, a partir de agora, será abordado como a participação das mulheres na política brasileira impactou positivamente no direito, principalmente no processo de redemocratização e na Constituição Federal de 1988.

Um exemplo do impacto da importância dessa conscientização das mulheres e de dar importância às suas experiências se dá com o reconhecimento do crime de assédio sexual, pois «construindo coletivamente novos sentidos de suas experiências no ambiente de trabalho, fizeram emergir o desrespeito, a humilhação e a violência que estavam presentes em práticas antes consideradas normais, inevitáveis e inofensivas»¹⁹, o que é considerada uma vitória para o movimento feminista em relação ao reconhecimento de sua empreitada.

Segundo Alda Facio, é preciso «usar o pensamento feminista para tornar visível a base fundamental do direito, que, na opinião da maioria das correntes feministas, está historicamente condicionada à parcialidade», pois foi construído levando em consideração apenas o homem e em específico o homem branco, heterossexual, religioso etc.²⁰ Por isso, demonstrar que a participação de mulheres e da adoção de uma perspectiva de gênero para a construção do direito constitucional é enriquecedor se mostra válido, levando em consideração, principalmente, a participação das mulheres e do movimento feminista no momento de redemocratização brasileiro.

¹⁹ MIGUEL, Luis Felipe. Catharine MacKinnon e o sexo como dominação. *Sociologias*, [S.L.], v. 24, n. 60, p. 362-388, ago. 2022. FapUNIFESP. Disponível em <SciELO - Brasil - Catharine MacKinnon e o sexo como dominação Catharine MacKinnon e o sexo como dominação> Acesso em 18 de mai de 2023.

²⁰ FACIO, Alda. *Hacia otra teoria crítica del Derecho. Género y derecho*. Ed. Alda Facio e Lorena Fries, Santiago: LOM: La Morada, 1999.

Pode-se dizer que entre os anos de 1970 e 1980 o Brasil testemunhou a emergência e desenvolvimento do que se pode considerar o mais abrangente, diverso, radical e bem-sucedido movimento de mulheres da América Latina²¹, em que as mulheres se organizaram para lutar contra a ditadura militar que havia se instalado no país com o golpe militar de 1964.

Um dos principais questionamentos trazidos pelo constitucionalismo feminista é se as Constituições são feitas não só para mulheres, mas também por mulheres e, no Brasil, a Assembleia Constituinte de 1987 é um momento paradigmático, dentro do possível, de participação de mulheres e do movimento feminista na política, pois a legislatura de 1986-1990, que teve funções constituintes, contou com a eleição de 26 mulheres que representava 5,7% da Casa legislativa²², no entanto, vale lembrar que essa participação não pode ser considerada feminista, pois das mulheres eleitas nem todas se consideravam assim.

Em 1985 foi criado pelo governo federal o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, que depois se tornou o principal instrumento de mobilização das mulheres, e principalmente do movimento feminista brasileiro, para suas reivindicações e para acompanhar o trabalho constituinte²³. A criação e participação desse conselho foi essencial para a conquista de direitos com certa perspectiva de gênero na Constituição Federal de 1988.

Apesar de apenas uma das deputadas eleitas ter atuação pública feminista, independentemente de questões partidárias e/ou ideológica, elas se declararam como “bancada feminina” e apresentaram 30 emendas, que englobavam praticamente todas as reivindicações do movimento feminista brasileiro e uma das principais razões para elas terem esse posicionamento foi a participação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, que na época era dirigido e liderado pela socióloga Jaqueline Pitanguy, que foi a responsável pela mobilização dos movimentos de mulheres «para uma atuação constante junto aos constituintes e, principalmente, às deputadas constituintes, no sentido de incorporar à nova Carta pontos fundamentais dos direitos da mulher, pelos quais o movimento feminista lutava havia algum tempo no Brasil»²⁴.

Esse movimento de mulheres para a constituinte foi organizado em torno da bandeira “constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher” e gerou a chamada “Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes de 1987”, que foi resultado de um *advocacy* dos

²¹ ALVAREZ, Sonia E. *Engendering Democracy in Brazil: Women’s Movement in Transition Politics*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

²²PINTO, Céli Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003, p. 72.

²³ TELES, Maria Amélia de Almeida. *Breve história do feminismo no Brasil e outros ensaios*. São Paulo: Editora Alameda, 2017, p. 187.

²⁴ PINTO, Céli Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003, p. 74.

grupos feministas organizados na época, no qual reuniram neste documento todas as suas reivindicações em relação à posição da mulher brasileira perante a sociedade, movimento que depois ficou conhecido, de forma pejorativa, como “*lobby* do batom”²⁵.

A Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes promovida pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) era dividido em duas partes, em que a primeira ultrapassava a questão dos direitos das mulheres e pleiteava pela justiça social, criação do Sistema Único de Saúde (SUS), reforma agrária, reforma tributária, ensino público e gratuito entre outros direitos, enquanto na segunda parte as demandas eram mais específicos em relação aos direitos da mulher no que dizia respeito ao trabalho, saúde, direitos de propriedade, sociedade conjugal entre outros²⁶.

Maria Amélia Teles, que participou do momento constituinte brasileiro, afirma que a maior parte das reivindicações levantadas pelas mulheres constituintes foram incorporadas ao texto da Constituição, tendo como única exceção a descriminalização do aborto, porém, ela afirma que a participação das feministas evitou o retrocesso da lei ao impedir a introdução do direito à vida desde a concepção no texto constitucional²⁷.

Sendo assim, tem-se que a participação das mulheres e a constante pressão e acompanhamento dos movimentos feministas brasileiros durante a Assembleia Constituinte de 1987-1988 resultou nas seguintes conquistas: igualdade entre homem e mulher, Licença maternidade sem prejuízo do salário e licença paternidade, igualdade salarial, direitos às trabalhadoras domésticas, igualdade no casamento, paternidade responsável e livre planejamento, impulsionamento para que o governo assinasse e ratificasse tratados e convenções internacionais, entre outros.

Contudo, é importante mencionar o fato de que a conquista de tais direitos se deu na teoria, pois na prática ainda é preciso uma luta e conscientização constantes para que tais direitos sejam, de fato, reconhecidos. Em relação a perspectiva de gênero, no ano de 2021, o Conselho Nacional de Justiça brasileiro reconheceu a necessidade da perspectiva de gênero no judiciário brasileiro, principalmente devido ao aumento das ocorrências de violência de gênero no Brasil.

²⁵ BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. A Carta das Mulheres aos Constituintes: um horizonte para as feministas brasileiras do século XXI. In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDRADE, Denise Almeida de; MACHADO, Monica Sapucaia (org.). Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes: 30 anos depois. São Paulo: Autonomia Literária. Edição do Kindle, p. 231.

²⁶ PINTO, Céli Regina Jardim. Uma história do feminismo no Brasil. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003, p. 75.

²⁷ TELES, Maria Amélia de Almeida. Breve história do feminismo no Brasil e outros ensaios. São Paulo: Editora Alameda, 2017, p. 188.

Por isso, em fevereiro de 2021 foi lançado o Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero²⁸, inspirado no protocolo do México e que traz instruções aos magistrados brasileiros sobre como lidar com as questões envolvendo interpretação sobre as lentes de gênero, reconhecendo assim o fato de que a sociedade e, portanto, o próprio direito, ainda é extremamente influenciado pelo sexismo, machismo, patriarcado.

Considerações Finais

A partir de todo o exposto, importante mencionar que o presente artigo visava responder o seguinte questionamento: de que forma o constitucionalismo feminista auxilia em uma nova forma de se enxergar o direito?

Sendo assim, foi possível compreender que o constitucionalismo foi desenvolvido por homens e para os homens, por isso a importância do movimento do constitucionalismo feminista para se pensar criticamente as bases da organização da sociedade.

O Brasil, ainda que seja um país com sua própria história constitucional e feminista, assim como outros países, também sofria e sofre influência histórica da construção do pensamento constitucional, no entanto, a partir do seu processo de redemocratização com a participação de mulheres na Assembleia Constituinte de 1987-1988, demonstrou como a influência delas no direito constitucional é importante.

Não só em relação às questões de cuidado às quais as mulheres são em sua maioria relacionadas, mas também para questões que envolvem a economia do país, a participação delas se mostrou eficaz e gerou resultados positivos para o direito brasileiro em geral, assim como também abriu as portas para que outras minorias tivessem a chance de expressar suas reivindicações ao longo dos anos.

A Constituição Federal brasileira de 1988 é paradigmática no sentido de atribuir oportunidades e direitos às minorias que antes eram excluídas, tanto que até hoje, mais de 30 anos depois de sua promulgação, é possível extrair dela os direitos das mulheres conquistados, principalmente com a interpretação da perspectiva de gênero que tem sido cada vez mais adotada.

Desta forma, tem-se que o constitucionalismo feminista veio para demonstrar e evidenciar a importância do reconhecimento da mulher como cidadã e sujeita de direitos, bem como o fato de que elas têm muito a contribuir para a política e o direito, principalmente para tornar o espaço público cada vez mais democrático e plural, afinal, lugar de mulher é onde ela quiser.

²⁸ <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>

Referências

- ALVAREZ, Sonia E. *Engendering Democracy in Brazil: Women's Movement in Transition Politics*. Princeton: Princeton University Press, 1990.
- BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi (Eds.). *Feminist Constitutionalism: global perspectives*. 1. ed. New York: Cambridge University Press, 2012.
- BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. A Carta das Mulheres aos Constituintes: um horizonte para as feministas brasileiras do século XXI. In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDRADE, Denise Almeida de; MACHADO, Monica Sapucaia (org.). *Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes: 30 anos depois*. São Paulo: Autonomia Literária. Edição do Kindle.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- FACHIN, Melina. Constitucionalismo Feminista. In: TERRA, Bibiana (org.). *Dicionário Feminista Brasileiro: conceitos para a compreensão dos feminismos*. São Paulo: Editora Dialética, 2022, ebook.
- FACIO, Alda. A Magna Carta For All Women. In: *Women and the Economy: A Reader*, v. 1, n. 1, p. 337–346, 2015.
- FACIO, Alda. Hacía outra teoria crítica del Derecho. *Género y derecho*. Ed. Alda Facio e Lorena Fries, Santiago: LOM: La Morada, 1999.
- FERNÁNDEZ, Itziar Gómez. ¿Qué es eso de reformar la Constitución con perspectiva de género? Mitos caídos y mitos emergentes a partir del libro Una Constituyente feminista. EUNOMÍA. *Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 16, p. 312-329, 29 mar. 2019
- FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo: Percorsi della storia e tendenze attuali*. 1 ed. Bari: Gius. Laterza & Figli, 2009.
- MACKINNON, Catharine A. *Towards a feminist theory of the State*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1989.
- MIGUEL, Luis Felipe. Catharine MacKinnon e o sexo como dominação. *Sociologias, [S.L.]*, v. 24, n. 60, p. 362-388, ago. 2022. FapUNIFESP. Disponível em <SciELO - Brasil - Catharine MacKinnon e o sexo como dominação Catharine MacKinnon e o sexo como dominação> Acesso em 18 de mai de 2023
- MIGUEL, Luis Felipe. Carole Pateman e a crítica feminista do contrato. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 32, n. 93, e329303, 2017.

PATEMAN, Carole, 1940. *O Contrato Sexual*. Tradução: Marta Avancini, 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022.

PENNA, Maria Cristina Vitoriano Martines. Constitucionalismo: origem e evolução histórica. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 21, n. 1, p. 149-178, 2013.

PINTO, Céli Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

ROUSSEAU, Jean Jacques, 1712-1778. *O Contrato Social: princípios do direito político*. Tradução: Antonio de Pádua Danesi, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

TELES, Maria Amélia de Almeida. *Breve história do feminismo no Brasil e outros ensaios*. São Paulo: Editora Alameda, 2017.

A Tecnologia como um Instrumento para o Respeito aos Direitos Fundamentais do Acusado: a Possibilidade de Substituição da Prisão Preventiva

Technology as an Instrument to protect Fundamental rights: the Possibility to Substitute Procedural Arrestment

Jorge Rafael Matos¹

Sumário: 1. Introdução; 2. A Prisão Processual no Brasil; 3. As novas tecnologias como instrumento de substituição à prisão processual; 4. Considerações Finais.

Resumo: A legislação brasileira prevê a aplicação de diversas medidas cautelares para resguardar o processo penal, todavia a mais utilizada ainda é a prisão preventiva, na qual o acusado é encarcerado durante a análise de sua culpa. Também se verifica que o sistema carcerário brasileiro é precário em todos os sentidos, sendo que violações de direitos humanos são praxe. De outro lado, o judiciário brasileiro é grande entusiasta da aplicação de tecnologia para facilitação e agilização do alcance de solução dos processos em trâmite, mas carece de alternativas para a clausura. Assim, este trabalho busca expor a sistemática e as razões legais para efetivação de uma prisão preventiva em cotejo com a possibilidade de se utilizar sistemas tecnológicos para o mesmo fim. Para realização desta investigação se utilizou do método dedutivo de pesquisa bibliográfica. Se verificou que já existe tecnologia suficiente para substituição do aprisionamento processual na maioria dos casos, carecendo apenas de implementação da tecnologia, que inclusive pode ser mais barata em termos econômicos e sociais. Se identifica, portanto, que há necessidade de transformação da cultura jurídica para se utilizar métodos menos gravosos para se assegurar o processo penal e manter o *status* de dignidade da pessoa humana dos acusados.

Palavras-chave: prisão preventiva; tecnologia; processo penal; dignidade da pessoa humana; sistema carcerário.

Abstract: Brazilian law provides for the application of various precautionary measures to protect the criminal process, however the most used is still preventive detention, in which the accused is imprisoned during the analysis of his guilt. It is also verified that the Brazilian prison system is precarious in all senses, with human rights violations being commonplace. On the other hand, the Brazilian judiciary is very enthusiastic about the application of technology to facilitate the reach of a solution in the processes, but it lacks alternatives for closure. Thus, this work seeks to expose the systematic and legal reasons for carrying out preventive detention in comparison with the possibility of using technological systems for the same purpose. To carry out this investigation, the deductive method of bibliographic research was used. It was found that there is already enough technology to replace procedural imprisonment, lacking only the implementation of technology, which can even be cheaper in economic and social terms. It is identified, therefore, that there is a need to transform the legal culture to use less burdensome methods to ensure the criminal process and maintain the status of human dignity of the accused.

Keywords: preventive detention, technology, criminal procedure, human dignity, prison system.

¹ Doutorando e mestre em Direito (Unibrasil). Professor Adjunto II da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. Pesquisador do NUPECONST - Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional do UNIBRASIL (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/6859096166759814>) e do Grupo de Estudos Interdisciplinares em Gestão (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/3165172148921558>). Participa no Projeto de Extensão NEADH - Núcleo de Estudos e Atividades em Direitos Humanos da Univille. Advogado. <https://orcid.org/0000-0002-4168-2541>. E-mail: jorgerafaelmatos@gmail.com

1. Introdução

“Que as penas sejam moderadas e proporcionais aos delitos, que a pena de morte seja aplicada apenas aos culpados assassinos e que os suplícios que revoltam a humanidade sejam abolidos”². Nesse pensamento de Michel Foucault fica claro que se busca uma penalização aqueles que cometem crimes. Todavia ela deve ser justa, moderada e coerente. Para tanto, modernamente, se utiliza do devido processo legal. Isso quer dizer que apenas após o processo que analisa a culpa é que se pode aprisionar uma pessoa, que ainda é a pena por excelência.

Entretanto, o objetivo deste trabalho é analisar a utilização da prisão como instrumento ainda durante o processo. A legislação brasileira prevê uma gama de instrumentos que possibilitam a instrução organizada do procedimento penal, sem se admitir interferências que prejudiquem o seu deslinde. Contudo, à revelia das demais, se utiliza amplamente a prisão preventiva.

Essa possibilidade é pouco explorada legislativamente, prevendo apenas requisitos como: garantia da ordem pública e econômica, conveniência da instrução e para assegurar a aplicação da lei penal. Havendo o preenchimento de apenas um destes, pode-se prender preventivamente o acusado.

As prisões brasileiras são os locais em que se aguarda o julgamento definitivo. Além dos diversos problemas que decorrem de um aglomerado de pessoas, surgem outros como o custo econômico-financeiro e humano. Neste último não se contabiliza apenas em relação às pessoas presas, mas aos agentes penitenciários que irão restringir o direito de liberdade de semelhantes.

Então, se explora neste texto, ainda em um estágio primário de análise, a possibilidade e a viabilidade da utilização de tecnologias já conhecidas como substitutos relativamente baratos e eficazes para o suplício que é o cárcere, mesmo que provisório.

Não se pretendeu esgotar o tema e sedimentar que se deve proibir a prisão preventiva. Contudo se demonstra que existem recursos tecnológicos, já usados, que podem garantir que o Estado brasileiro cumpra a promessa de respeito dos princípios fundamentais de seus cidadãos, a começar pela dignidade da pessoa humana.

2. A Prisão Processual no Brasil

² FOUCAULT, Michel, *Vigiar e Punir*, Lisboa: Edições 70, 2013, p. 53.

É muito comum se ouvir que aquele que comete um crime deve ser preso. Contudo, ante o pretense estado civilizatório em que se vive, é necessário respeitar o devido processo legal, que seria “o processo legítimo, justo, equilibrado [...]”³ e que respeita as normas que disciplinam a jurisdição e podem ser consideradas para garantir juízos não arbitrários⁴. Ou seja, antes de se prender o acusado, deve-se processá-lo adequadamente. Todavia existem casos em que uma pessoa fica presa durante o processo. Então surge aqui a necessidade de se diferenciar a prisão processual da prisão pena.

Esta última aparentemente é mais fácil de conceituar, podendo-se afirmar que é uma sanção, que em essência é um castigo em aspecto retributivo⁵. Em outras palavras é punição que se aplica com a finalidade retribuir o crime cometido. Isto significa então que se aplica a prisão como sanção com finalidade última de se proteger a sociedade, sendo no sentido de retirar o perigo que o criminoso representa, seja para prevenir que novos delitos sejam cometidos. Então, retomando ao início, após o devido processo legal no qual se conclui pela culpabilidade do acusado, prendesse-o.

De outro ponto se verifica também a existência da prisão processual. Um eufemismo para essa espécie de aprisionamento é chamá-lo de prisão provisória. Isso porque, conforme pesquisa desenvolvida por Diana Santos Ryu no âmbito dos tribunais superiores brasileiros nenhum dos procedimentos analisados a prisão teve intervalo inferior a 120 dias, sendo que em um deles o aprisionamento já persistia por mais de 14 anos⁶.

Neste sentido é difícil dizer que a prisão “efetuada no transcorrer da persecução penal, precedentemente ao proferimento de sentença definitiva, ou até que ela se torne irreversível”⁷ seja chamada de provisória. Além disso, “a medida representa a mais grave restrição de direito possível no ordenamento jurídico antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Daí porque é chamada de *extrema ratio*”⁸.

Então, durante o processo penal existem diversas opções que permitem uma condução mais adequada da investigação e aplicação da lei, sendo que uma dessas possibilidades é a prisão, que deve ser “pautada pela excepcionalidade, necessidade e

³ RAMOS, João Gualberto Garcez, Evolução Histórica Do Princípio Do Devido Processo Legal, Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 46, 2007, p. 101.

⁴ FERRAJOLI, Luigi, Direito e razão: teoria do garantismo penal, 4.ed.rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 495.

⁵ SAAD, Marta, Assimilação Das Finalidades Da Pena Pela Prisão Preventiva, Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB, v. 1, n. 1, p. 247–262, 2013, p. 248.

⁶ RYU, Daiana Santos, Prisão cautelar e prazo razoável na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros, [s.l.: s.n.], 2019, p. 419.

⁷ TUCCI, Rogério Lauria, Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 339.

⁸ CRUZ, Jorge Henrique Tatim da, Prisões cautelares e audiência de custódia: uma análise do impacto no encarceramento provisório, Pontifícia Universitária Católica do Rio Grande do Sul, 2018, p. 37.

proporcionalidade, sendo, portanto, um último instrumento a ser utilizado”⁹. O que se busca é a efetividade do processo que “significa não só garantir a prestação jurisdicional definitiva, exauriente, mas, também, que tal prestação se amolde, plenamente, aos anseios da sociedade, permitindo que da atuação do Estado-Juiz sejam extraídos todos os resultados da pacificação social”¹⁰.

A esse mecanismo se dá o nome de medidas cautelares, as quais auxiliam para que se consiga chegar ao resultado útil do processo penal e que a lei autoriza o juiz a aplicá-las. Contudo “o problema das medidas cautelares é que se não decretada corre-se o risco da impunidade, mas se for decretada, tem-se o risco da injustiça”¹¹. Logo, a aplicação dessas medidas no processo penal é tema complexo e sensível. Apesar deste raciocínio se verifica que o Brasil tem o maior número de prisões anteriores à sentença condenatória, sendo uma grande preocupação do legislador. Tanto é que a Lei 12.403/11 prevê a possibilidade de prisão domiciliar, no intuito de mitigar as violações aos princípios de presunção de inocência e todos os demais conectados com a dignidade humana¹².

Observa-se então que no Brasil vem se preferindo adotar a prisão processual como medida cautelar de excelência apesar do perigo que ela representa para o acusado e mesmo existindo um extenso rol substitutivo nos artigos 317 e seguintes do Código Processual. Inclusive a substituição dessa prisão por outras medidas cautelares menos gravosas é uma tendência que se apresenta cada vez mais forte em outros países, sendo que todos os códigos processuais modernos dispõem de um sistema de medidas substitutivas, o que facilita a reabilitação em uma eventual condenação e deixa a prisão para casos de extrema necessidade¹³.

À vista dessa fixação brasileira pela decretação da segregação cautelar é necessário se avaliar então a autorização legal para essa decisão. Mesmo após as alterações introduzidas pela Lei n. 12.403/11, no artigo 312 do CPP “continuam sendo requisitos para a prisão preventiva: a) garantia da ordem pública (desgraçadamente); b) garantia da ordem econômica (idem, mas menos mal); c) por conveniência da instrução criminal; d) para assegurar a

⁹ JÚNIOR, Aury Lopes, *Prisões Cautelares*, 6.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 40.

¹⁰ ALVES, Rogério Pacheco, *O Poder Geral de Cautela no Processo Penal*, Revista da EMERJ, v. 6, n. 22, p. 276–306, 2003, 276.

¹¹ SOUZA, Claudia Fittipaldi Andrade de, *A inconstitucionalidade substancial do instituto da prisão preventiva e seu uso discricionário*, Revista Multidebates, v. 4, n. 2, p. 263–271, 2020, p. 265.

¹² MARTINS, Alisson Thales Moura; MESSIAS, Francesco Carlos, *A lei 12.403 e suas alterações no código de processo penal: prisão preventiva e medidas cautelares diversas da prisão*, Ciência et praxis, v. 5, n. 9, p. 53–58, 2012, p. 54.

¹³ NETTO, José Laurinda de Souza, *O princípio da proporcionalidade como fundamento constitucional das medidas substitutivas da prisão cautelar*, Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fudinopi, v. 2, n. 2, p. 176–196, 2002, p. 177.

aplicação da lei penal”¹⁴. Sendo que “as prisões cautelares apresentaram vertiginoso crescimento nos últimos anos [...]. A contenção maciça e imediata transmite uma falsa sensação de segurança e permite sua expansão com apoio social e poucos questionamentos quanto à sua eficiência”¹⁵.

De outro ângulo é necessário também se examinar o local em que a prisão processual irá se concretizar. De pronto se compreende que o acusado que tem sua liberdade cerceada deverá ser conduzido a um estabelecimento prisional para efetivar o objetivo da medida. Nessa toada, a crítica é farta de que o sistema prisional brasileiro se dá “em ambientes de estufa, de coabitação forçada, superpovoados, em que se abusa da prisão preventiva e se mantém a etiqueta pública de “*universidad del crimen*”¹⁶.

No Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) realizado em junho de 2014 foi constatado que a média de superlotação dos estabelecimentos penais no Brasil chega a 161%, chegando a 265% em Pernambuco. Nestes estabelecimentos há dificuldades para o pernoite, problemas de calor e ventilação e a proliferação de doenças contagiosas como leptospirose, tuberculose, hepatite e AIDS¹⁷. Ainda “[...] Mais de um terço das unidades prisionais no país (36%) não foram concebidas para serem estabelecimentos penais, mas acabaram adaptadas para este fim. Esse fato gera um impacto negativo, pois poucas instalações adaptadas possuem módulos de saúde (22%), educação (40%) e trabalho (17%)”¹⁸

Nesta linha fica claro que as regras não são cumpridas, eis que há superlotação, não há separação dos presos, existe abusos físicos e sexuais de variadas formas e o controle efetivos por organizações criminosas¹⁹. Assim, caso “o sistema prisional continuar sendo tratado com tamanho descaso, nascerá uma nova preocupação para a sociedade – o

¹⁴ MOREIRA, Rômulo de Andrade, A prisão processual, a fiança, a liberdade provisória e as demais medidas cautelares - comentários à Lei n. 12.403/11, Direito UNIFACS – Debate Virtual, n. 131, p. 1–38, 2011, p. 16.

¹⁵ SALIBA, Maurício Gonçalves; SALIBA, Marcelo Gonsalves, PRISÃO CAUTELAR: O SUPLÍCIO PÓS-MODERNO!, Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fudínopi, n. 8, p. 179–190, 2008, p. 187.

¹⁶ LEAL, César Barros, O sistema penitenciário sob a perspectiva dos direitos humanos: uma visão da realidade mexicana e de seus desafios, Revista do Conselho Nacional de Política Criminal, v. 1, n. 18, p. 31–48, 2005, p. 31.

¹⁷ PITTA, Ana Luísa Moura; LINS, Daniel Henrique Cabral Gama, A realidade da execução penal no Brasil: carência e miserabilidade dos estabelecimentos penais, V Encontro de pesquisas judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas, v. 0, n. 0, p. 88–99, 2016.

¹⁸ JUSTIÇA, Conselho Nacional de, Regras de Mandela - regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos, [s.l.: s.n.], 2018.

¹⁹ RAMOS, André de Carvalho, Curso de Direitos Humanos, 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

incremento da violência – pois por óbvio, os encarcerados sairão deste, sedentos para retribuir com o mal, o péssimo tratamento que receberam”²⁰.

Outra realidade angustiante das penitenciárias brasileiras é a ocorrência constante de revoltas. No ano de 2017 houve um massacre de 56 detentos no Estado do Amazonas, no qual os custodiados foram degolados e esquartejados. Outro exemplo que causou enorme perplexidade pela brutalidade e inércia do Estado foi o massacre do Carandiru²¹

Diante disso fica claro que inserir um custodiado provisório neste contexto é claramente uma violação aos seus direitos mais básicos. É inadmissível que o Estado Brasileiro permita que um cidadão seja exposto a tais condições, para mais sem condenação efetiva. Todavia, se verifica ainda uma outra perspectiva sobre o encarceramento: o custo.

Apura-se que somente no Estado do Paraná cada preso tenha o custo econômico-financeiro aproximado de mais de três salários mínimos mensais, sendo que no ano de 2019 alcançou-se patamar superior de R\$ 3 bilhões de reais com o sistema penitenciário deste estado²². Contudo, percebe-se que o esforço político para reformular o sistema de defesa social é proporcional aos benefícios: somente se busca a redução dos custos de manutenção do sistema e não a preservação da vida e recuperação dos bens afetados²³.

Por fim destaca-se que nas unidades penitenciárias de cogestão de Manaus, na qual ocorreu o massacre de 2017 já citado, o custo médio para manutenção da segregação beira seis salários mínimos, valor bem mais elevado que o custo dos presídios federais ou de outras unidades da federação. No estado de São Paulo o valor é o menor da país, alcançando-se valor de um salário mínimo²⁴.

3. As Novas Tecnologias como Instrumento de Substituição à Prisão Processual

Se verificou no tópico anterior que as prisões brasileiras são caras, inadequadas fisicamente e suscetíveis a inúmeras atrocidades, contudo continua sendo a opção costumeira para os casos em que há necessidade de aplicação de medidas cautelares para assegurar o

²⁰ OLIVEIRA, Mariana Matias de; SOARES, Guilherme de Macedo, A responsabilidade civil do estado diante da morte dos presos nos estabelecimentos penais, *Unisantia Law and Social Science*, v. 7, n. 2, p. 209–234, 2013, p. 225.

²¹ RODRIGUES, Valéria F. S. Ricarte; CAVALCANTI, Sabrinna Correia M., O sistema prisional e a ressocialização do preso através do trabalho, *Revista Facisa Online*, v. 6, n. 2, p. 47–62, 2017, p. 59.

²² ARRUDA, Wilkinson Fabiano Oliveira de, Anos de vida penalmente perdidos, custo socioeconômico e custo efetivo dos presos no Estado do Paraná, *Universidade Estadual do Oeste do Paraná*, 2019, p. 86.

²³ CÂMARA, Paulo Sette, A política carcerária e a segurança pública, *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 1, n. 1, p. 64–70, 2007, p. 69.

²⁴ D’ALMEIDA, Michele Quadros, A viabilidade do controle judicial no sistema prisional baiano com base no custo da prisão, *Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia*, 2017, p. 64.

processo. Entretanto já há demonstrações, inclusive no próprio judiciário, que o emprego da tecnologia pode em muito substituir o encarceramento e preservar o *status* de dignidade humana

Em termos de utilização de tecnologia é muito claro que a justiça brasileira já se serve dos bons resultados que esta pode produzir. “A tecnologia e seu uso são centrais não somente na produção e na circulação sobre o funcionamento do Judiciário, como também em sua gestão administrativa”²⁵. Na área penal o especial regramento para acompanhamento da execução penal inclusive já existe, vez que “o acompanhamento eletrônico de medidas limitativas de liberdade de indiciados, apenados e custodiados [...] depende da manutenção e da atualização de dados. A Lei 12.714/2012 fala de um sistema informatizado [...]”²⁶.

O Supremo Tribunal Federal conta com programa próprio para a aplicação não só da tecnologia rotineira, mas de inteligência artificial denominado de “Projeto Victor” e que já possibilitou a redução de tempo de tramitação de processos, incrementando a agilidade e eficácia de ferramentas processuais e concedendo tratamento isonômico às partes²⁷.

Nessa linha pode-se também falar da implementação da tecnologia para substituir o aprisionamento provisório, eis que “estas medidas se inspiran em el propósito de descongestionar las abarrotadas cárceles y en la reducción de costos sin mengua de la seguridad individual y social apoyada em la vigilancia del liberado”²⁸. Verifica-se que essa opção não é nova, sendo discutida desde os anos 1960 nos Estados Unidos quando se iniciou os estudos para o desenvolvimento de um transmissor portátil que indicava a localização exata de seu portador²⁹.

Com o avanço da tecnologia e a implementação paulatina desta nos sistemas de justiça, já se pode estabelecer algumas finalidades práticas para a monitoração eletrônica de pessoas. Pode-se implementar uma **detenção**, em que o indivíduo fica restrito a um local designado, *v.g.* seu domicílio; **restrição** quando se usa do monitoramento eletrônico para certificar-se que o acusado não irá entrar em determinadas áreas ou se aproximar de pessoas, como vítimas, testemunhas ou outros acusados; e ainda a **vigilância** em que as autoridades

²⁵ OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross, Os indicadores sobre o Judiciário brasileiro: limitações, desafios e o uso da tecnologia, Revista Direito GV, v. 16, n. 1, p. 1–23, 2020, p. 2.

²⁶ ANTONNI, Rosmar; CAVALCANTI, Rodrigues, Informática Jurídica e Tecnologia no Processo Penal, Revista dos Tribunais Online, v. 940, p. 1–14, 2014, p. 9.

²⁷ MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar, Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito, Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 19, n. 3, p. 218–237, 2018, p. 230.

²⁸ LUCA, Javier Augusto de; POULASTROU, Martin, Libertad vigilada por monitoreo electrónico, Cuadernos de doctrina y jurisprudência penal, v. 7, p. 651–663, 1997, p. 651.

²⁹ CAMPELLO, Ricardo Urquiza, O monitoramento eletrônico de presos nos Estados Unidos: um trajeto genealógico, Estudos sociológicos, v. 20, n. 38, p. 75–92, 2015, p. 77.

rastreiam constantemente uma pessoa para restringir seus movimentos³⁰. Ou seja, já há disponível tecnologia suficiente para se evitar o aprisionamento provisório de pessoas. Porém falta ainda a confiança no sistema e a alteração de cultura.

Nisso também se pode destacar que nos últimos anos a tecnologia de rastreamento por posicionamento global, o qual é um sistema multipropósitos permitindo aos usuários localizações em relação à latitude, longitude e altura geométrica ou elipsoidal em relação à Terra³¹, melhorou muito. Destaca-se que a utilização de mapas regionais mostrou significativas melhorias no posicionamento absoluto³². Isso significa dizer que, desde o início dos estudos para emprego do rastreamento de pessoas utilizando-se da tecnologia evoluiu sobremaneira, sendo que o atual sistema é confiável e eficiente, podendo ser um agregador para a substituição por cautelares menos gravosas à dignidade da pessoa humana.

Há de se verificar que as novas tecnologias para localização de pessoas não são escassas e caras. “Ao tirar uma foto, por exemplo, além da imagem ficar gravada na memória do celular, metadados são associados a ela, descrevendo informações sobre [...], data, tamanho e formato do arquivo e até o local onde a foto foi tirada, se o aparelho tiver GPS”³³. Além do mais, essas informações podem ser automaticamente inseridas no processo penal no qual “advogados, procuradores e membros do MP cadastrados podem ter acesso automático a todos os dados e documentos processuais armazenados eletronicamente, desde que demonstrado interesse para fins apenas de registro (art. 3º, que inseriu o §7º ao art. 11 da Lei de Processo Eletrônico)”³⁴.

Porém, não se concebe nenhuma forma de exercício de controle, em que se abre mão da privacidade, sem disposição voluntária do direito de personalidade³⁵, por isso é necessário a atualização jurídica para regulamentação. Contudo, há de se admitir que é preferível essa

³⁰ PALERMO, George B., *Electronic Monitoring in the Criminal Justice System*, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, v. 59, n. 9, p. 911–912, 2015, p. 2.

³¹ SILVA, Reginaldo Macedônio da; SILVA, João dos Santos Vila da; FREITAS, Alfredo Ribeiro de, *Análise de posicionamento absoluto com GPS de navegação no pantanal pós-desligamento da disponibilidade seletiva (SA - Selective availability)*, III Simpósio sobre recursos naturais e sócio-econômicos do Pantanal - Os desafios do Novo Milênio, p. 1–15, 2000, p. 3.

³² ROCHA, Gilmar Dannielle de Carvalho; MARQUES, Haroldo Antonio; GALERA, João Francisco Monico, *Accuracy of GPS absolute positioning with ionosphere correction from global and regional ionosphere maps*, *Boletim de Ciências Geodésicas*, v. 21, n. 3, p. 498–514, 2015, p. 512.

³³ TEFFÉ, Chiara Spadaccini de, *Tratamento de dados sensíveis por tecnologias de reconhecimento facial: proteção e limites*, *in*: SILVA, Rodrigo da Guia; TEPEDINO, Gustavo (Orgs.), *O direito civil na era da inteligência artificial*, 1.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 287.

³⁴ CUEVA, Ricardo Villas Bôas, *Anonimização e pseudonimização de dados pessoais no processo eletrônico*, p. 5.

³⁵ BITTENCOURT, RUI CARLOS SLOBODA; BERBERI, Marco Antônio Lima, *Do Compartilhamento Da Economia À Fragmentação Da Privacidade Do Trabalhador 4.0*, *in*: BERBERI, Marco Antonio de Lima; CALOMENO, Cassiana Gomes (Orgs.), *Direitos fundamentais e tecnologia [recurso eletrônico]*, Curitiba: Íthala, 2020, p. 24.

espécie de controle, ainda que praticamente total, do que o incurso em estabelecimento criminal.

Antes da implementação da tecnologia, será necessário se analisar as formas de controle dos sistemas que podem gerenciar essa nova espécie de prisão virtual. Frisa-se que “(i) transparência; (ii) auditoria; e (iii) outras ferramentas técnicas para verificação da regularidade procedimental”³⁶ serão imprescindíveis para viabilizar o sistema, tanto do ponto de vista gerencial, como de custos.

Nesse campo, percebe-se que as tecnologias estão desafiando as relações humanas, em especial a inteligência artificial (IA), vez que poderia, em tese, substituir o homem na tomada de decisões³⁷. Contudo é bom que algumas tecnologias, nesse caso a inteligência artificial (IA), possa substituir o ser humano. Ao contrário de se ter vários carcereiros alimentando e cuidando para que os presos provisórios não fujam e por vezes também sofrendo pelo papel que tem que realizar, a IA pode monitorar um sem-número de pessoas que, ao menor indício de descumprimento de suas obrigações, alerte uma equipe que pode verificar *in loco* a pretensa infração denunciada pela máquina.

Outro ponto de vista desta análise pode ser considerado o custo do sistema tradicional. Acima já foi discutido sobre a enorme despesa *per capita* para o erário em se manter pessoas presas, ainda mais as pessoas que não foram condenadas por sentença penal transitada em julgado. Todavia, como já analisado, o sistema conta com necessidade de novas vagas.

Há de se observar que com a construção de um novo estabelecimento são necessários todos os equipamentos e infraestrutura para funcionamento do local: celas, cozinha, enfermaria, parlatório, área administrativa, área de convivência social, banheiros, tudo conforme determinação da legislação³⁸. Tendo em vista que o espaço será para o alojamento de diferentes pessoas por longo prazo, também será necessário se considerar assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa aos internos.

Contudo, outra importante engrenagem do estabelecimento penal é o policial penal que tem contato direto com os encarcerados e devem realizar revistas pessoais nestes e nos visitantes, conduzir os presos, realizar a vigília, cuidar da alimentação correta de todos e por essas e outras estão expostos a inúmeras situações geradoras de estresse, bem como a

³⁶ TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa, Breves notas sobre o controle das decisões informadas por algoritmos, *in*: perguntar ao berberí, [s.l.: s.n., s.d.], v. 165, p. 6.

³⁷ KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cintia Muniz de Souza, Transumanismo e inteligência artificial, *in*: SILVA, Rodrigo da Guia; TEPEDINO, Gustavo (Orgs.), O direito civil na era da inteligência artificial, 1.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 103.

³⁸ BRASIL, Lei de Execução Penal.

intimidações, ameaças, agressões e possibilidades de rebeliões³⁹. Então, diante desse quadro, os policiais penais vivem em situações de ambivalência, eis que além de todos os problemas relatados e do contato direto com os presos, acabam criando certa intimidade. Essa situação de conflito, leva ao aparecimento de doenças e transtornos mentais e emocionais, apresentando elevados níveis de consumo de bebidas alcoólicas e transtornos psicológicos⁴⁰.

Os custos humanos para a estruturação de presídios são enormes, tanto em relação à vida das pessoas envolvidas, como financeiramente. Desta feita é que ao se utilizar da tecnologia como substituta do estabelecimento penal, pode-se contornar estas dificuldades. Neste contexto “deve-se criar e atualizar regularmente um modelo de informação de gestão de serviços que possibilite a criação, uso e compartilhamento da informação de forma flexível, rápida e econômica”⁴¹. Assim dizendo, com a experiência de implementação de tecnologias pelo judiciário, bem como o melhoramento dos recursos tecnológicos para localização de pessoas, é que se pode restringir a aplicação das medidas cautelares de privação de liberdade aqueles casos que realmente não há outra saída.

Sem embargo é preciso mudar a mentalidade dos operadores do direito para a aplicação da tecnologia no lugar da segregação. “A falsa ideia da privação da liberdade como única medida capaz de pôr ordem ao caos ou eliminar os problemas sociais foi propalada e sedimentada durante a modernidade”⁴². Deve-se ter em mente que a restrição de liberdade trás sempre consequências além da impossibilidade de locomoção. No Brasil a simples notícia da prisão pode acarretar não só a demissão do acusado, mas também de familiares e dificultar o alcance de posições no mercado formal de trabalho⁴³.

Assim, se compreende que o aprisionamento processual de alguém acusado do cometimento de crime é situação gravíssima, podendo até ser entendida como desumana diante das péssimas condições dos estabelecimentos brasileiros. Além do que, ela “acarreta também a perda colateral de outros direitos fundamentais, como o exercício profissional, a

³⁹ FERNANDES, Rita de Cássia Pereira *et al*, Trabalho e cárcere: um estudo com agentes penitenciários da Região Metropolitana de Salvador, Brasil, **Cadernos de Saúde Pública**, v. 18, n. 3, p. 807–816, 2002, p. 808.

⁴⁰ SANTOS, Débora Coelho dos *et al*, Prevalência de transtornos mentais comuns em agentes penitenciários, **Revista Brasileira de Medicina do Trabalho**, v. 8, n. 1, p. 33–38, 2010, p. 35.

⁴¹ SANTOS, Gilmar Souza; DE CAMPOS, Fernando Celso, Gestão Do Conhecimento Em Serviços De Ti: Um Estudo Do Uso Do Modelo Itil-Skms Em Monitoramento De Infra-Estrutura De Ti, **Revista Gestão Industrial**, v. 5, n. ESPECIAL, p. 123–141, 2009, p. 131.

⁴² SALIBA, Maurício Gonçalves; SALIBA, Marcelo Gonsalves, PRISÃO CAUTELAR: O SUPLÍCIO PÓS-MODERNO!, **Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fudinopi**, n. 8, p. 179–190, 2008, p. 187.

⁴³ ROLIM, Prisão e Ideologia: limites e possibilidades para a reforma prisional no Brasil, p. 12.

intimidade e a privacidade, a convivência familiar, a livre disposição do patrimônio e a própria dignidade da pessoa humana”⁴⁴.

O que se observa por outro lado é que existe tecnologia suficiente para substituir o aprisionamento. Como se analisou, o aprisionamento pode ser para garantir a ordem pública e econômica, e para a permitir que o processo se desenvolva bem, sem interferências do acusado. Ou então para que a sanção penal seja ao final efetivada. Porém, a tecnologia já consegue garantir o acompanhamento remoto do acusado, sem que este seja submetido ao suplício do cárcere, mesmo que provisório.

Um processo mais tecnológico, com automação da vigilância sobre o acusado, não mais preso, mas em liberdade para enfrentar a acusação injusta ou para disfrutar dos últimos momentos de liberdade antes da condenação certa, pode acelerar um processo, visto que o juiz não precisa tomar medidas sobre a restrição de liberdade, somente no caso de transgressão da liberdade provisória concedida.

4. Conclusão

O aprisionamento parece ser um mal necessário. Mas, ao contrário do que mostra a realidade, ele não precisa ser amplamente utilizado. No Estado Democrático de Direito a realização da justiça se dá dentro do processo legal que respeite todas as garantias fundamentais. Ao final, pode-se inclusive obter a absolvição do acusado, seja pela demonstração da inocência, seja pela falta de provas. O processo pode ser rápido, mas pode ser lento também. As incertezas regem a vida.

Diante deste quadro é inconcebível observar que em pleno século XXI a prisão provisória, que como visto, geralmente é longa, ainda continua sendo amplamente utilizada como forma de se assegurar um processo, em detrimento da utilização da tecnologia. Isso significa dizer que, a reboque da Constituição de 1988, o Poder Judiciário ainda legitima as inúmeras violações de direitos humanos e fundamentais que o cárcere brasileiro consagra.

Não se pode, a pretexto da efetividade do processo penal, ferir de morte os princípios da dignidade da pessoa humana, da vida digna, da saúde e claro, da liberdade. Pois como visto, a penitenciária no Brasil macula todas estas conquistas da carta fundamental, não só de acusados, mas dos operadores do sistema carcerário.

A utilização da tecnologia pode, e muito, ajudar na adequação do processo penal à nova realidade constitucional. Os instrumentos, ferramentas e recursos já existem, basta

⁴⁴ MORAES, Maurício Zanoide de, **Preseunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para decisão judicial**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

utilizá-los. Como visto, a tecnologia além de diminuir os custos humanos, reduz e otimiza a aplicação de recursos financeiros. Basta o desenho institucional.

As críticas endereçadas na aplicação de mecanismos novos existem. Não se pode prever exatamente como se dará seu uso ao longo tempo. Se será efetivamente melhor ou apenas mais uma das tentativas frustradas. Porém, o custo de se aprisionar qualquer pessoa por um dia que seja, é muito superior aquele a que a legislação permite que o Estado cobre e que a sociedade deseja pagar.

Referências Bibliográficas

ALVES, Rogério Pacheco, O Poder Geral de Cautela no Processo Penal, Revista da EMERJ, v. 6, n. 22, p. 276–306, 2003, 276.

ANTONNI, Rosmar; CAVALCANTI, Rodrigues, Informática Jurídica e Tecnologia no Processo Penal, Revista dos Tribunais Online, v. 940, p. 1–14, 2014, p. 9.

ARRUDA, Wilkinson Fabiano Oliveira de, Anos de vida penalmente perdidos, custo socioeconômico e custo efetivo dos presos no Estado do Paraná, Universidade Estadual do Oeste do Paraná, 2019, p. 86.

BITTENCOURT, RUI CARLOS SLOBODA; BERBERI, Marco Antônio Lima, Do Compartilhamento Da Economia À Fragmentação Da Privacidade Do Trabalhador 4.0, *in*: BERBERI, Marco Antonio de Lima; CALOMENO, Cassiana Gomes (Orgs.), Direitos fundamentais e tecnologia [recurso eletrônico], Curitiba: Íthala, 2020, p. 24.

BRASIL, Lei de Execução Penal.

CÂMARA, Paulo Sette, A política carcerária e a segurança pública, Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 1, n. 1, p. 64–70, 2007, p. 69.

CAMPELLO, Ricardo Urquiza, O monitoramento eletrônico de presos nos Estados Unidos: um trajeto genealógico, Estudos sociológicos, v. 20, n. 38, p. 75–92, 2015, p. 77.

CRUZ, Jorge Henrique Tatim da, Prisões cautelares e audiência de custódia: uma análise do impacto no encarceramento provisório, Pontifícia Universitária Católica do Rio Grande do Sul, 2018, p. 37.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas, Anonimização e pseudonimização de dados pessoais no processo eletrônico, p. 5.

D'ALMEIDA, Michele Quadros, A viabilidade do controle judicial no sistema prisional baiano com base no custo da prisão, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2017, p. 64.

FERNANDES, Rita de Cássia Pereira *et al*, Trabalho e cárcere: um estudo com agentes penitenciários da Região Metropolitana de Salvador, Brasil, Cadernos de Saúde Pública, v. 18, n. 3, p. 807–816, 2002, p. 808.

FERRAJOLI, Luigi, Direito e razão: teoria do garantismo penal, 4.ed.rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 495.

FOUCAULT, Michel, Vigiar e Punir, Lisboa: Edições 70, 2013, p. 53.

JÚNIOR, Aury Lopes, Prisões Cautelares, 6.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 40.

- JUSTIÇA, Conselho Nacional de, Regras de Mandela - regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos, [s.l.: s.n.], 2018.
- KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cintia Muniz de Souza, Transumanismo e inteligência artificial, *in*: SILVA, Rodrigo da Guia; TEPEDINO, Gustavo (Orgs.), O direito civil na era da inteligência artificial, 1.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 103.
- LEAL, César Barros, O sistema penitenciário sob a perspectiva dos direitos humanos: uma visão da realidade mexicana e de seus desafios, *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal*, v. 1, n. 18, p. 31–48, 2005, p. 31.
- LUCA, Javier Augusto de; POULASTROU, Martin, Libertad vigilada por monitoreo electrónico, *Cuadernos de doctrina y jurisprudência penal*, v. 7, p. 651–663, 1997, p. 651.
- MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar, Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 19, n. 3, p. 218–237, 2018, p. 230.
- MARTINS, Alisson Thales Moura; MESSIAS, Francesco Carlos, A lei 12.403 e suas alterações no código de processo penal: prisão preventiva e medidas cautelares diversas da prisão, *Ciência et praxis*, v. 5, n. 9, p. 53–58, 2012, p. 54.
- MORAES, Maurício Zanoide de, Preseunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para decisão judicial, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade, A prisão processual, a fiança, a liberdade provisória e as demais medidas cautelares - comentários à Lei n. 12.403/11, *Direito UNIFACS – Debate Virtual*, n. 131, p. 1–38, 2011, p. 16.
- NETTO, José Laurinda de Souza, O princípio da proporcionalidade como fundamento constitucional das medidas substitutivas da prisão cautelar, *Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fudinopi*, v. 2, n. 2, p. 176–196, 2002, p. 177.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross, Os indicadores sobre o Judiciário brasileiro: limitações, desafios e o uso da tecnologia, *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, p. 1–23, 2020, p. 2.
- OLIVEIRA, Mariana Matias de; SOARES, Guilherme de Macedo, A responsabilidade civil do estado diante da morte dos presos nos estabelecimentos penais, *Unisantia Law and Social Science*, v. 7, n. 2, p. 209–234, 2013, p. 225.
- PALERMO, George B., Electronic Monitoring in the Criminal Justice System, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, v. 59, n. 9, p. 911–912, 2015, p. 2.
- PITTA, Ana Luísa Moura; LINS, Daniel Henrique Cabral Gama, A realidade da execução penal no Brasil: carência e miserabilidade dos estabelecimentos penais, *V Encontro de pesquisas judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas*, v. 0, n. 0, p. 88–99, 2016.
- RAMOS, André de Carvalho, *Curso de Direitos Humanos*, 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- RAMOS, João Gualberto Garcez, Evolução Histórica Do Princípio Do Devido Processo Legal, *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 46, 2007, p. 101.
- ROCHA, Gilmara Dannielle de Carvalho; MARQUES, Haroldo Antonio; GALERA, João Francisco Monico, Accuracy of GPS absolute positioning with ionosphere correction from global and regional ionosphere maps, *Boletim de Ciências Geodésicas*, v. 21, n. 3, p. 498–514, 2015, p. 512.

RODRIGUES, Valéria F. S. Ricarte; CAVALCANTI, Sabrinna Correia M., O sistema prisional e a ressocialização do preso através do trabalho, *Revista Facisa Online*, v. 6, n. 2, p. 47–62, 2017, p. 59.

ROLIM, Prisão e Ideologia: limites e possibilidades para a reforma prisional no Brasil, p. 12.

RYU, Daiana Santos, Prisão cautelar e prazo razoável na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros, [s.l.: s.n.], 2019, p. 419.

SAAD, Marta, Assimilação Das Finalidades Da Pena Pela Prisão Preventiva, *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, v. 1, n. 1, p. 247–262, 2013, p. 248.

SALIBA, Maurício Gonçalves; SALIBA, Marcelo Gonsalves, PRISÃO CAUTELAR: O SUPLÍCIO PÓS- MODERNO!, *Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fudinopi*, n. 8, p. 179–190, 2008, p. 187.

SALIBA, Maurício Gonçalves; SALIBA, Marcelo Gonsalves, PRISÃO CAUTELAR: O SUPLÍCIO PÓS- MODERNO!, *Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fudinopi*, n. 8, p. 179–190, 2008, p. 187.

SANTOS, Débora Coelho dos *et al*, Prevalência de transtornos mentais comuns em agentes penitenciários, *Revista Brasileira de Medicina do Trabalho*, v. 8, n. 1, p. 33–38, 2010, p. 35.

SANTOS, Gilmar Souza; DE CAMPOS, Fernando Celso, Gestão Do Conhecimento Em Serviços De Ti: Um Estudo Do Uso Do Modelo Itil-Skms Em Monitoramento De Infra-Estrutura De Ti, *Revista Gestão Industrial*, v. 5, n. ESPECIAL, p. 123–141, 2009, p. 131.

SILVA, Reginaldo Macedônio da; SILVA, João dos Santos Vila da; FREITAS, Alfredo Ribeiro de, Análise de posicionamento absoluto com GPS de navegação no pantanal pós-desligamento da disponibilidade setetiva (SA - Selective availability), III Simpósio sobre recursos naturais e sócio-econômicos do Pantanal - Os desafios do Novo Milênio, p. 1–15, 2000, p. 3.

SOUZA, Claudia Fittipaldi Andrade de, A inconstitucionalidade substancial do instituto da prisão preventiva e seu uso discricionário, *Revista Multidebates*, v. 4, n. 2, p. 263–271, 2020, p. 265.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de, Tratamento de dados sensíveis por tecnologias de reconhecimento facial: proteção e limites, *in*: SILVA, Rodrigo da Guia; TEPEDINO, Gustavo (Orgs.), *O direito civil na era da inteligência artificial*, 1.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 287.

TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa, Breves notas sobre o controle das decisões informadas por algoritmos, *in*: perguntar ao berberi, [s.l.: s.n., s.d.], v. 165, p. 6.

TUCCI, Rogério Lauria, Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 339.

A Importância da Linguagem para a Comprovação do Fato Jurídico Tributário: Análise no Âmbito do Lançamento Tributário e do Processo Judicial

*The Importance of Language for Proving The Tax Legal Fact: analysis within the scope of tax assessment
and legal proceedings*

José Anijar Fragoso Rei¹

RESUMO: A incidência da norma jurídica tributária não opera automaticamente quando o fato ocorre no mundo, mas depende da transcrição deste pela linguagem própria do direito, no lançamento tributário. Somente assim estará configurado o fato jurídico tributário. A decisão judicial que desconstitui ou confirma a ocorrência do fato tributário deve observar as provas produzidas no processo, havendo a obrigatoriedade de uso adequando da linguagem jurídica e observância das normas processuais. Nas normas individuais e concretas constantes do da sentença que decide uma lide tributária, a verdade não é um ideal absoluto, mas é decorrente das experiências comunicativas.

Palavras chave: fato jurídico tributário, prova, verdade, linguagem.

ABSTRACT: The legal incidence of tax does not happen automatically when the fact occurs in the world. It depends on its transcription written in the language of the law, by means of a tax journal entry. Only then will the tax legal fact be confirmed. The judicial decision that denies or confirms the occurrence of the tax event must observe the evidence produced in the case. There is an obligation to use legal language and comply with the procedural rules. Regarding specific individual rules contained in the tax journal entry and the court sentence that settles a tax litigation, truth is not an absolute ideal, but it stems from communicative experiences.

Keywords: tax assessment, tax legal fact, truth, language

1 Introdução, Objetivos e Metodologia

Um dos pontos de tensão mais frequentes das relações entre o Fisco e os contribuintes reside na comprovação da ocorrência do fato gerador do tributo. Enquanto a Administração Pública precisa provar, apontar e mensurar esse fato, ao realizar o ato do lançamento tributário, cabe ao contribuinte, administrativamente ou em juízo, comprovar que tal fato não ocorreu ou mesmo que este se deu de maneira diversa do indicado pelo Fisco. É comum que, em controvérsias fáticas envolvendo tributos, tanto o Fisco, quanto o particular apresentem versões diferentes sobre o mesmo episódio, ambos afirmando que relatam a “verdade”.

¹ Doutorando em Direito Fiscal pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Tributário e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará. Professor de Direito Financeiro, Tributário, Processo Tributário e Previdenciário na Universidade da Amazônia (Unama). Defensor Público do Estado do Pará, titular da 1ª Defensoria de Fazenda Pública da Capital.

Diante disso, nos propomos a discutir algumas questões referentes ao chamado fato gerador da obrigação tributária, fazendo conexão com a sua prova, tanto no que concerne à sua comprovação ou desconstituição no processo judicial. Para tal, analisaremos a estrutura básica da norma tributária, tanto a geral e abstrata, que impõe o dever de pagar um tributo, tanto a individual e concreta, que determina, no caso concreto, a obrigação tributária, verificando como o fato gerador opera nas hipóteses ou antecedentes dessas normas.

Feito isso, passaremos à distinção entre hipótese tributária, evento jurídico tributário e fato jurídico tributário, quando será necessário discutir e nos posicionarmos sobre se a incidência tributária opera automaticamente quando ocorre o evento descrito no antecedente da norma geral e abstrata ou se é necessário um ato humano formalizado em linguagem competente para que o referido fenômeno opere. Posicionando-nos pela segunda possibilidade, especialmente com base na teoria de Paulo de Barros Carvalho, passaremos à análise da prova do fato jurídico tributário para a constituição da obrigação tributária pelo lançamento tributário, bem como da prova desse fato jurídico no processo judicial. Nessa ocasião, buscaremos dialogar com as teorias que enfatizam a linguagem na atividade probatória em juízo, especialmente a de Jurgen Habermas.

A metodologia a ser adotada neste artigo será a pesquisa bibliográfica, a qual se desenvolverá a partir da leitura de doutrinadores da Teoria do Direito e do Direito Tributário, especialmente Paulo de Barros Carvalho, em um estreito diálogo com a corrente teórica do construtivismo lógico-semântico. Também serão enfatizadas as doutrinas de autores que se debruçam sobre a verdade e a prova dos fatos, inclusive no âmbito do processo judicial.

2 A Hipótese Tributária, o Evento Tributário e o Fato Jurídico Tributário: a Relevância da Linguagem para A Constituição do Fato Jurídico Tributário.

O direito pretende ordenar os comportamentos humanos, prescrevendo condutas, por meio das normas jurídicas, que se valem de linguagem prescritiva. Portanto, as normas jurídicas voltam-se ao dever-ser, pois enunciam o que deve ser feito pelos seus destinatários, servindo de estímulo para a prática efetiva das condutas prescritas. A validade da norma jurídica independe de a conduta nela prescrita de fato ser obedecida ou efetivada coercitivamente.²

² Bobbio (2010, p. 64-66) ensina também que as normas jurídicas são proposições, pois são um conjunto de palavras que, juntas, apresentam um significado. Avança inferindo que o jurista, quando interpreta uma lei, deve buscar seu significado, pelo que as proposições do cientista do Direito podem ser verdadeiras ou falsas, ao tentar interpretar o significado da norma. A norma, em si, pode ser válida ou inválida.

As normas jurídicas, especialmente aquelas de índole geral e abstrata, são formadas pela junção de uma previsão hipotética, relacionada a um enunciado factual, que, ocorrendo, deve demandar uma consequência.

A Hipótese da norma geral e abstrata descreve situação fática. É uma proposição descritiva, sem valor veritativo, não tendo também caráter prescritivo. O dever-ser não reside na hipótese em si, mas no vínculo que é estabelecido entre hipótese e tese. A hipótese implica na tese como necessidade deôntica. Assim, o dever-ser se encontra na relação implicacional ente hipótese e tese e dentro da tese, pois ainda que o sujeito passivo não realize a conduta disposta na tese, a relação entre ele e o sujeito ativo permanece válida (VILANOVA, 2010, p. 59; 63-64).

Alfredo Augusto Becker (2010, p. 314) entende que a incidência de uma regra jurídica não se dá em abstrato, pois esta ocorre apenas quando realizada a hipótese de incidência. Assim, o efeito disciplinador – sobre o comportamento humano – das regras fica condicionado à ocorrência da hipótese normativa. Quando a hipótese de incidência prevista na norma geral e abstrata é realizada, pelo acontecimento de todos os fatos descritos e previstos, deixa de ser hipótese. Ainda para Becker (2010, p. 315-318), depois de realizada a hipótese, é desencadeada, a incidência automática da regra jurídica, que vai produzir os efeitos jurídicos prescritos na própria regra. A incidência, portanto, se desencadeia depois da realização integral da hipótese pelo acontecimento de todos os fatos nela previstos e que formam a composição específica àquela hipótese de incidência. De igual forma, para este doutrinador, que os fatos, quando realizam a hipótese de incidência, recebem, automaticamente, a incidência da regra jurídica, que os juridicaliza e os transforma em fatos jurídicos.

Becker, no que tange à incidência tributária, se filia à doutrina de Pontes de Miranda e de Miguel Reale, para quem a incidência opera automaticamente quando realizada a hipótese, devendo ser produzida a norma imediata. Explicando tal teoria, Aurora Tomazini de Carvalho (2010, p. 424-425) infere que a norma cairia como um raio sobre todo e qualquer acontecimento previsto na hipótese normativa, qualificando-o como jurídico e instaurando, de imediato, os efeitos prescritos em seu consequente, assim como nasceriam, automaticamente, os direitos e deveres respectivos. Em decorrência de tal entendimento, a incidência seria caracterizada como um elemento do mundo social, pois recairia por conta própria sobre os fatos assim que estes ocorressem, da mesma forma que, desta forma, não haveria distinção entre o plano do direito positivo (linguagem jurídica) e do plano social (linguagem social)

No entanto, existem divergências substanciais na dogmática jurídica quanto à aludida incidência automática das normas jurídicas sobre os eventos descritos nas hipóteses das normas.

Alguns teóricos do direito entendem que a incidência não se opera automaticamente quando acontece o fato no mundo social. Para aqueles que entendem nessa direção, é fundamental distinguir entre fato e evento.

Para Tércio Sampaio Ferraz (2011, p. 244), fato não é algo concreto, sensível, mas sim um elemento lingüístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade, enquanto que o evento seria essa situação existencial.

Nessa mesma direção, Habermas (1994, p. 111) distingue entre fatos e objetos da experiência. Para este teórico alemão, os fatos seriam enunciados lingüísticos sobre as coisas e acontecimentos, sobre pessoas e suas manifestações, enquanto que os objetos da experiência seriam os elementos sobre os quais as afirmações são feitas, sobre o que são constituídos os enunciados.

Há similitude, portanto, entre os objetos da experiência de Habermas e os eventos de Ferraz, sendo que, pela teoria de ambos, pode-se distinguir os fatos – entendidos como articulações lingüísticas – dos objetos a que se referem.

Vale ressaltar que os eventos ou objetos da experiência se exaurem no espaço e no tempo, não podendo ser acessados em momento posterior à sua ocorrência. Justamente por isso que o homem necessita dos enunciados lingüísticos, que passam a constituir os fatos, para que depois possa entrar em contato com eles. Desta forma, os fatos consistem em captura dos eventos em linguagem própria.

Nem sempre haverá identidade absoluta entre o evento ocorrido no mundo e sua descrição lingüística no fato.

Diante disso, há a necessidade de se conferir juridicidade aos eventos ocorridos no mundo social, o que se dá por meio da linguagem jurídica competente. Assim, os fatos jurídicos não são simplesmente os fatos do mundo social, constituídos pela linguagem do cotidiano, mas sim enunciados proferidos pela linguagem competente do direito positivo, articulados com a teoria das provas. Igualmente, os fatos da realidade social serão simplesmente eventos quando não estiverem constituídos em linguagem jurídica própria (CARVALHO, 2009, p. 123).

Ou seja, a incidência nem sempre é tida como automática e infalível à ocorrência de um evento, pois depende da produção de uma linguagem competente, que transforma um

evento em fato jurídico, atribuindo-lhe juridicidade, o que é fundamental também para a produção dos efeitos jurídicos.

Para Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 11), a incidência jurídica se reduz a duas operações lógicas. A primeira delas implica em subsunção ou inclusão de classes, na qual se reconhece que uma ocorrência concreta, delimitada no espaço e no tempo e inclui-se na classe dos fatos previstos no antecedente ou na hipótese da norma geral e abstrata. Após, é realizada uma segunda operação, que consiste em uma aplicação, em que a hipótese (ou antecedente) realizada implica uma tese (ou conseqüente). Ou seja, o fato concreto, uma vez realizado, desencadeia uma relação jurídica, prevista no antecedente de uma norma geral e abstrata.

Ainda para o referido doutrinador, nessa segunda operação, quando da produção da norma individual e concreta, o seu antecedente apresenta um enunciado factual protocolar que representa, por meio da linguagem competente do direito, uma alteração individualizada no mundo fenomênico, com delimitações de tempo e espaço.

Por este prisma, a incidência não pode se realizar sozinha, sendo necessário que um ser humano promova a subsunção e a implicação que o preceito da norma geral e abstrata determina. A incidência, assim como a subsunção e a aplicação, são operações lógicas e exigem a presença humana.

A aplicação da norma geral e abstrata quase sempre dá origem a uma norma individual e concreta. Aqui, a observação da hipótese no mundo fenomênico gera um fato jurídico. Tais atividades inserem-se no processo de positivação do direito. Geralmente, a norma geral e abstrata decorre de um dispositivo legal, ao passo que a norma individual e concreta pode ser um contrato, uma sentença judicial e, no caso das exações tributárias, o ato de lançamento tributário.

A incidência jurídica, promovida por um ato humano, é apenas possível quando alguém – o magistrado -- faz a subsunção e promove a implicação da previsão genérica e abstrata a um fato concreto, expedindo novos comandos normativos, especialmente a norma individual e concreta (DEL PADRE TOMÉ, 2008, p. 607).

Portanto, antes da hipótese de a norma geral e abstrata ter sua ocorrência relatada em linguagem competente, o que lhe permite sua transformação em fato jurídico, nada existe para o mundo do direito, assim como não há efeito jurídico. Apenas com a produção de um ato em linguagem própria, que pressupõe um ato de vontade humana, é que vão se instaurar os direitos e deveres respectivos (CARVALHO, 2010, p. 427).

No que tange à incidência de uma norma tributária que determina o pagamento de um tributo, a hipótese da norma configura aquilo que é mais usualmente denominado de fato gerador, representando a situação fática prevista na norma geral e abstrata, que uma vez ocorrida, desencadeia a obrigação de pagar o tributo.³

Diante da necessidade de diferenciar a descrição constante da lei (norma geral e abstrata), de natureza hipotética, ao fato efetivamente verificado, Geraldo Ataliba (2005, p. 54-55) utiliza, para a primeira, o termo “hipótese de incidência”, ao passo que denomina o segundo de “fato imponível”.

Paulo de Barros Carvalho (2004, p. 244-245) igualmente diferencia a previsão material constante da norma geral e abstrata da sua projeção factual, denominando a primeira de hipótese tributária, ao passo que a segunda é nomeada de fato jurídico tributário. Este professor utiliza, na análise do fato jurídico tributário, a diferenciação entre evento e fato jurídico, pela qual o último é qualificado pela utilização da linguagem competente. Assim, o evento jurídico tributário é entendido como a ocorrência no mundo fenomênico de uma situação descrita na hipótese tributária de uma norma geral e abstrata, que não vai apresentar qualificação e relevância jurídica enquanto não for capturado em linguagem competente, materializada pela norma individual e concreta, especialmente o lançamento tributário. É essa norma individual e concreta que contém a linguagem própria para qualificar o evento do mundo social em fato jurídico apto a demandar a obrigação do sujeito passivo em pagar o tributo.

Tal entendimento igualmente não enxerga a incidência jurídica como um fenômeno que opera automaticamente quando realizada a hipótese prevista na norma geral e abstrata, pois entende como essencial que o evento ocorrido no mundo social seja transcrito em linguagem competente para ser qualificado como fato jurídico.

No mais, a hipótese tributária – prevista na norma geral e abstrata – contém as propriedades que o legislador considerou importantes para que esteja configurado o dever de pagar tributo, podendo ser extraídos critérios de identificação que permitam vislumbrar quando essa hipótese ocorre no mundo social, quais sejam: o critério material, o critério espacial e o critério temporal. De igual forma, o fato jurídico tributário – como evento fático inscrito em linguagem jurídica competente – também deve guardar consonância com esses elementos descritos na hipótese tributária (CARVALHO, 2004, p. 252-253).

³ A expressão “fato gerador” é criticada por Becker (2010, p. 340), o qual entende que, para existir a relação jurídica tributária, é necessário que, antes, tenha ocorrido a incidência da regra jurídica tributária sobre esse fato. Assim, não seria o fato que gera a incidência da regra, mas sim a última que preexiste ao primeiro.

Por fim, cabe ressaltar o esquema montado por Paulo de Barros Carvalho (2004, p. 344-345) para descrever a norma jurídica tributária, denominado de regra matriz de incidência tributária. Por esta teoria, a norma em questão traz como hipótese – antecedente -- a junção dos critérios material, espacial e temporal, previstos abstratamente. Ocorridos e inscritos em linguagem jurídica, esses critérios previstos no antecedente, devem importar (dever-ser) no consequente. Nessa parte final da norma jurídica tributária, se encontram os critérios pessoal e quantitativo, que vão indicar, respectivamente, quem deve pagar, a quem devem pagar e qual a importância a ser paga.

Portanto, os critérios material, temporal e espacial, previstos na hipótese tributária, devem estar presentes, inscritos em linguagem competente, no ato jurídico do lançamento tributário, o qual confere ao evento tributário a qualidade de fato jurídico tributário. É sobre a prova dos critérios material, temporal e espacial no fato jurídico tributário que nos ocuparemos no item seguinte, estabelecendo um diálogo com as noções de verdade existentes na dogmática jurídica e na filosofia do direito.

3 A Prova dos Critérios Material, Temporal e Espacial, Previstos na Hipótese Tributária, no Fato Jurídico Tributário: Notas Sobre a Verdade.

Uma vez firmada a diferença entre hipótese jurídica tributária, evento tributário e fato tributário, passa-se agora para a análise da prova no fato jurídico tributário, contido no antecedente da norma individual e concreta tributária. Aqui, procuraremos analisar as conexões entre os elementos descritos abstratamente na norma jurídica tributária, os eventos tributários ocorridos no mundo social e aqueles transcritos em linguagem própria e formal do direito, denotando aí o fato jurídico tributário.

Ou seja, nos propomos à análise da comprovação, no antecedente da norma jurídica tributária concreta, dos elementos previstos abstratamente na hipótese tributária. Para tal, partimos da premissa de que não é possível ao aplicador ou intérprete do direito, quando expede a norma individual e concreta tributária, furtar-se à tarefa de comprovar a ocorrência no mundo fenomênico dos elementos descritos na hipótese jurídica tributária, no caso os critérios material, espacial e temporal. Isso porque, conhecendo a regra jurídica em abstrato, tanto os fatos descritos na sua hipótese de incidência, quanto às consequências previstas na consequência da norma, deve ser verificada a ocorrência integral dos fatos previstos, o que é feito por meio das provas.⁴

⁴ Cabe aqui destacar a definição de Pontes de Miranda (apud BECKER, 2010, p. 315) para prova de direito, pela qual é prova de fatos que antecederam a ela, sobre os quais a regra jurídica incidiu, além de ser prova também da regra jurídica, escrita ou não escrita, como fato.

Como integrante da interpretação jurídica, o operador do direito deve investigar o mundo total, para aferir se, dentre os eventos analisados, estão aqueles que constam da hipótese jurídica tributária. Encontrando-os e transcrevendo-os em linguagem própria do direito, passam esses elementos a caracterizar o fato jurídico tributário, como antecedente dessa norma individual e concreta, e geram o conseqüente. No caso específico da incidência tributária, o conseqüente que o fato jurídico tributário desencadeia é a obrigação de pagar um determinado valor a título de tributo.

Nessa atividade, o operador do direito deve se valer de uma atitude mental jurídica, para distinguir os fatos jurídicos – que são previstos na hipótese de incidência – dos não jurídicos. A qualificação jurídica e as relações jurídicas estão fora do mundo perceptível pelos sentidos da visão, audição, paladar, tato e olfato. No entanto, há fatos perceptíveis que integram as hipóteses de incidência das regras jurídicas, pelo que se prova a existência da realidade ou dos fatos jurídicos provando a existência dos fatos⁵ perceptíveis que realizaram a hipótese de incidência (BECKER, 2010, p. 321-322).

Nessa busca pela ocorrência dos critérios material, espacial e temporal descritos no antecedente da norma jurídica tributária, para caracterizar o fato jurídico, é essencial o uso da teoria das provas. Isso porque os fatos são entidades lingüísticas, com pretensão veritativa e se valem da linguagem competente para provocar o consenso. Assim, Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 133) infere que os fatos jurídicos serão os enunciados que puderem se sustentar em face das provas admitidas em direito.

A distinção entre evento e fato, na qual o último representa um corte, uma representação lingüística do primeiro, projeta-se também para o exame da verdade. Nesse diapasão, Ferraz (2011, p. 244) infere que uma proposição será verdadeira, quando, no universo lingüístico, o uso competente o permitir, ou seja, sempre que qualquer um que conheça a língua, com os instrumentos adequados, seja levado a usar esta língua do mesmo modo. A verdade cinge-se, portanto, ao uso competente da língua.

Após esclarecer que às proposições é sempre perguntado se são verdadeiras ou falsas, Habermas (2010, p. 29-34), apoiado na importância da linguagem na construção desses enunciados, distingue entre a verdade e a existência. Esclarece que, caso esses dois termos se confundissem, os pensamentos, estados de coisas ou proposições teriam um significado em si. Assim, o real é o que pode ser representado em proposições verdadeiras, ao passo que o verdadeiro se origina da pretensão que é levantada por alguém quando afirma uma

⁵ Os fatos mencionados aqui correspondem aos eventos, conforme entendem Paulo de Barros Carvalho e Tércio Sampaio Ferraz, pois as ocorrências fáticas no mundo fenomênico apenas ganham a qualificação de fato jurídico quando transcritos no antecedente das normas individuais e concretas.

proposição. Dada à importância da linguagem, a tensão entre faticidade e validade volta-se ao compartilhamento dos pressupostos comunicativos que uma determinada comunidade desenvolve na argumentação. Esses pressupostos comunicativos devem ser admitidos factualmente por todos os participantes, todas as vezes que desejarem afirmar ou contestar a verdade de uma proposição ou argumentar em favor da validade de uma proposição.⁶

Faz-se necessária, portanto, a certificação da ocorrência do evento previsto na hipótese que se pretende aplicar. No entanto, para que tal evento ingresse no mundo jurídico, ele deve ser enunciado em linguagem competente o que, para Fabiana Del Padre Tomé (2008, p. 607-608), significa ser descrito conforme as provas admitidas em direito. De igual forma, para que a positivação do direito seja realizada de forma adequada, com o enquadramento do fato à previsão normativa, deve ser utilizada a linguagem das provas, o que é capaz de verificar a veracidade dos fatos subsumidos. No mais, a correta aplicação dos fatos à hipótese prevista na norma geral e abstrata resguarda também a observância dos princípios da legalidade e da tipicidade tributária. Tudo isso denota a importância das provas no sistema de direito tributário.

A atividade probatória volta-se à veracidade dos enunciados constantes do fato jurídico tributário. No entanto, tal investigação veritativa, embora se volte ao mundo social, vê preponderar às formas previstas na linguagem jurídica, sendo considerados verdadeiros aqueles fatos articulados linguisticamente nos antecedentes das normas concretas e individuais. Por conta disso, especialmente pela relevância que a linguagem desempenha no direito, fala-se em uma distinção entre o fato jurídico e o fato social, assim como em verdade jurídica e verdade material. Isso porque, a linguagem jurídica, embora seja uma metalinguagem sobre a linguagem social, não coincide necessariamente com ela. Ou seja, embora a verdade jurídica e a verdade material muitas vezes andem juntas, por vezes esta última pode não estar transcrita de forma adequada na linguagem jurídica própria e no antecedente das normas individuais e concretas. A linguagem jurídica atua de forma hierárquica sobre a linguagem social, sendo como metalinguagem, mais reduzida.

Em outras palavras, a linguagem jurídica constante dos antecedentes das normas individuais e concretas nem sempre vai capturar os eventos jurídicos, próprios da realidade

⁶ O entendimento de Habermas sobre a verdade, ao distinguir entre realidade e verdade, contrapõe-se à chamada teoria da verdade por correspondência, pela qual um enunciado é entendido como verdadeiro quando corresponder efetivamente ao fato, a um estado de coisas real (KZAM NETO, 2007, p. 17). O pensamento de Habermas sobre a verdade coaduna-se com a chamada “Verdade por consenso”, pela qual a verdade decorre de um acordo comum entre indivíduos de uma mesma comunidade lingüística, sendo que uma proposição é tida como verdadeira quando é aceita como tal por um determinado grupo social (CARVALHO, 2010, p. 28).

social, com todos os seus elementos caracterizadores. Prevaecem, para o direito, os fatos jurídicos como vertidos na linguagem própria das normas individuais e concretas.

O que é provado, assim, não é o evento, mas sim os fatos, como enunciados que declaram ter ocorrido uma alteração no mundo físico social. Os homens provam os fatos, a partir de interpretações e relatos dos eventos. Por isso, Carnelutti (2002, p. 61-72) infere que prova, de fato, não quer dizer demonstrar a verdade dos fatos discutidos, mas sim determinar ou fixar ou determinar os mesmos fatos mediante procedimentos determinados.

A importância das provas também é denotada, em suma, pela sua indispensabilidade para existência do fato jurídico tributário. Por isso, Eurico de Santi (2011, p. 32-34) infere que o direito não incide sobre fatos, mas sim sobre a prova dos fatos. Logo, entende que o fato jurídico é fato juridicamente provado. De igual forma, entende que prova é a representação, na linguagem do direito, dos eventos ocorridos no mundo real. A prova não é a realidade, mas articulação jurídica da realidade. A prova em direito é um signo que representa um fato que se quer provar para um intérprete, sendo composta por fato, prova do fato e intérprete. O fato ocorre e se esvai no tempo e no espaço, demandando a prova. A prova vai reter o fato, sendo que vai apenas representá-lo parcialmente, podendo até mesmo a representá-lo falsamente, justamente por ser um signo.

Em se tratando da incidência jurídica tributária, o fato jurídico tributário, segundo a concepção de Paulo de Barros Carvalho, aqui adotada, apenas se constitui com a indicação de seus critérios material, espacial e temporal no antecedente da norma individual e concreta. No que se refere à atividade administrativa tributária, essa norma individual e concreta é o lançamento tributário, que, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional é definido como: “procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível”.

Em todas as formas de lançamento tributário há um ato inscrito na linguagem jurídica competente. Inclusive no lançamento por homologação, em que o sujeito passivo fornece os dados necessários e antecipa o pagamento, a Administração Tributária dele participa, homologando-o, ainda que tacitamente. Se o poder público não se pronunciar no prazo de cinco anos, a homologação é considerada realizada, nos termos do art. 150, §4º do CTN. Caso entenda que alguns dos dados fornecidos pelo sujeito passivo no lançamento por homologação estejam incorretos, a Administração Tributária deve lançar eventuais diferenças de ofício, o que normalmente é realizado por meio de um auto de infração.

Utilizando-se do entendimento acima colimado, de que o fato jurídico tributário constitui o antecedente das normas tributárias individuais e concretas, especificamente o lançamento, a Administração Tributária, quando lavra um auto de infração e lança de ofício eventuais diferenças em face de um lançamento por homologação, usa, em princípio, a linguagem competente que o direito lhe confere, de acordo com as normas que disciplinam o processo administrativo tributário.

Fica ressaltada, portanto, a importância da prova do fato jurídico tributário no lançamento tributário, assim como a importância do uso da linguagem competente para relacionar a veracidade dos enunciados probatórios.

4 A Atividade Probatória do Fato Jurídico Tributário no Processo Judicial: O Uso da Linguagem Competente e a Verdade

Nos itens anteriores, inferimos que a incidência jurídica tributária não se opera automaticamente, mas depende de um ato humano, que consiste na constituição do fato jurídico, com o manejo da linguagem jurídica própria, que, por sua vez, depende do correto uso do sistema de provas oferecido pelo direito.

O ato que documenta a incidência jurídica tributária é o lançamento tributário, que pode ser, sendo lançamento de ofício, por declaração, por homologação ou ainda um auto de infração em face de um lançamento por homologação, questionado perante o Poder Judiciário quanto ao disposto no antecedente. Ou seja, o sujeito passivo que tenha, por meio de um lançamento tributário, sido obrigado ao pagamento de determinada quantia a título de tributo (consequente), por ter sido lhe imputada a prática de um ato, em determinado tempo e espaço, pode ir a juízo para demonstrar que não praticou aquele ato, ou que o ato não se deu no tempo e local indicados. Em outras palavras, o antecedente indicado em determinado lançamento tributário pode tentar ser desconstituído perante o Poder Judiciário pelo sujeito passivo.⁷

Especificamente, ao postular em juízo a desconstituição do elemento material do antecedente do ato de lançamento tributário, o sujeito passivo da obrigação tributária normalmente vai tentar demonstrar ao juiz que o evento previsto na hipótese tributária da norma geral e abstrata que institui o tributo não ocorreu.

Portanto, utilizando-se as premissas teóricas a que aderimos aqui, aquele que impugna o fato jurídico tributário constante de um lançamento tributário, inscrito em

⁷ Os modos mais usais de se desconstituir lançamento tributário em juízo são as ações anulatórias de débito fiscais e as defesas em execuções fiscais, especial os embargos à execução e a exceção de pré-executividade.

linguagem jurídica própria, deverá demonstrar que aquele ato não ocorreu. Para isso, também deve fazer uso dos meios determinados pela linguagem jurídica, nesse caso a linguagem das provas no processo.

Não obstante isso, a Fazenda Pública deverá, também com base no sistema de provas processuais, demonstrar que o fato jurídico constante do antecedente tributário é válido e que o lançamento deve ser mantido.

Imaginemos, hipoteticamente, que um determinado contribuinte tenha recebido um auto de infração da Receita Federal do Brasil, lhe imputando o pagamento de R\$-5.000,00 (Cinco Mil Reais) a título de Imposto de Renda Pessoa Física por ter aferido rendas no ano de 2007, decorrente de salários recebidos da fonte pagadora Y. O contribuinte impugnante, por meio de prova documental, poderá demonstrar que, no ano de 2007, já não era mais funcionário da empresa Y, pois havia sido demitido em dezembro de 2006, tendo ficado todo o ano de 2007 desempregado, juntando prova documental, por exemplo, o termo de rescisão de contrato de trabalho. Nesse exemplo, o contribuinte pretenderá demonstrar, por meio da prova documental, que a hipótese tributária prevista abstratamente para o Imposto de Renda Pessoa Física, qual seja aferir renda, no ano de 2007, não se realizou.

Por outro lado, a Fazenda Nacional pode apresentar resistência à pretensão processual do contribuinte da hipótese em questão, inferindo, que, sim, ele aferiu rendimentos da empresa Y no ano de 2007, ou seja, que praticou a hipótese tributária do Imposto de Renda naquele ano. Defende, assim, a correção do fato jurídico tributário previsto no auto de infração. Para tal, a Fazenda Nacional poderá juntar cópia de um novo contrato de trabalho assinado entre a fonte pagadora Y e as contribuintes em julho de 2007, assim como informações fiscais, trabalhistas e previdenciárias prestadas à empresa, confirmando o pagamento de salários de julho a dezembro de 2007.

Ou seja, o contribuinte e a Fazenda Nacional buscarão, respectivamente, desconstituir ou confirmar o auto de infração, especificamente o fato jurídico tributário nele constante, qual seja: o aferimento de renda no ano de 2007. As pretensões de ambas as partes serão embasadas no sistema de provas previsto na legislação processual, especialmente a prova documental. Ou seja, o fato jurídico tributário constante do auto de infração será desconstituído ou confirmado pela sentença do juiz com base no sistema de linguagem próprio do direito, quais sejam, as provas produzidas e as teses jurídicas levantadas.

Daí, volta-se à questão da verdade, perguntando: o juiz, quando decidir o caso em análise, com base nas provas, proferirá uma sentença com base na verdade material dos fatos?

Becker (2010, p. 331; 350) afirma que o Poder Judiciário investiga se houve ou não a incidência da norma jurídica e analisa os efeitos jurídicos decorrentes dela. Caso tenha verificado que a incidência se aplica, a partir do preenchimento das características descritas na hipótese aos fatos e que o sujeito passivo não cumpriu a conduta prescrita, o juiz intervém e determina a realização da conduta, agindo de forma física e psicológica, por meio de atos de coação.

Portanto, deve-se perguntar se essa investigação da incidência jurídica vai ter por base a verdade, a realidade da ocorrência do evento previsto no antecedente da norma geral e abstrata, ou vai se ater ao resultado das provas produzidas no processo.

Foucault (2003, p. 11) propõe que há duas histórias da verdade. A primeira delas seria uma história interna da verdade, sendo que essa verdade se corrigiria de acordo com princípios, como se pudesse chegar à verdade em si. Por outro lado, a verdade seria formada, nas sociedades modernas, em vários lugares, a partir da definição de certo número de regras do jogo, as quais determinam formas de subjetividade, certos domínios do objeto e formas de saber, fazendo uma história exterior da verdade. As práticas jurídicas, no entendimento de Foucault, quando definem, por exemplo, as maneiras pelas quais o homem pode ser julgado, por meio de regras que podem ser modificadas ao longo dos tempos, definem subjetividades, formas de saber e relações entre o homem e a verdade.

Os processualistas não se furtam em reconhecer que um dos objetivos do processo reside na busca da verdade sobre os fatos debatidos na demanda. Nesse sentido, Marinoni & Arenhart (2009, p. 28) esclarecem que, como a jurisdição tem por objeto a justa composição da lide, ou atuação da vontade concreta do direito, tal escopo deve ser atingido também por meio da descoberta dos fatos ocorridos na demanda.

Taruffo (2002, p. 21-26) infere que o processo se presta a estabelecer se determinados fatos ocorreram ou não e quais provas servem para resolver essa questão. Além disso, se apresenta o problema da verdade da definição dos fatos no âmbito do processo, surgindo questões como a diferença entre verdade processual e verdade real. Assim, pela impossibilidade de, no processo se atingir a verdade real, é feito o questionamento de, se no processo deve ser estabelecida a verdade no processo, ou se no processo não se busca a descoberta da verdade, mas sim a resolução dos conflitos.

Embora a teoria processual esteja embasada na busca e no ideal de verdade, como o caminho que conduz à justiça e pressuposto à aplicação da lei, o alcance, por meio do processo, da verdade real sobre determinado acontecimento consiste em utopia. Desta forma, a reconstrução de um fato ocorrido no fato passado é influenciada pela percepção do

intérprete, ou ainda pelos aspectos subjetivos da pessoa que o relata. Ou seja, tanto a parte depoente, como a testemunha, quanto o perito que elabora um laudo e o juiz que decide são influenciados, ao produzir e apreciar uma determinada prova, por aspectos subjetivos seus. Além disso, os fatos narrados ou transcritos na prova, na linguagem jurídica, são relatos de eventos ocorridos no mundo fenomênico e nem sempre vão com ele coincidir.

Marinoni & Arenhart (2009, p. 36) esclarecem que a busca de uma verdade real, da reprodução dos eventos como de fato ocorreram atrela-se à compreensão de que o conhecimento se trava a partir da descoberta da realidade. Tal entendimento configura o chamado paradigma do objeto, comum à filosofia antiga, que utiliza a premissa de que todos os objetos têm a sua essência, que é descoberta pelo sujeito cognoscente por meio do ato de conhecer.

Após, foi evidenciado o paradigma do sujeito, forte na Idade Moderna, em que o foco se transfere ao sujeito cognoscente, pelo qual os objetos do conhecimento existem em função do sujeito que pode conhecê-los.

Tanto o pensamento seguido pelo paradigma do objeto quanto os do sujeito correspondem à chamada filosofia da consciência, pela qual a verdade caracterizava-se pela correspondência do intelecto com o objeto visado, que resultava do processo de interação entre sujeito cognoscente isolado (solipsismo) e objeto cognoscível. A verdade, aqui, é a captação do núcleo imutável das coisas, o qual, depois, seria revelado ao “mundo exterior” pela linguagem, considerada mero instrumento de comunicação (STRECK, 2005, p. 160).

A partir da segunda metade do século XX, a fenomenologia passa a ganhar força. Nela, o conhecimento não é travado a partir do sujeito ou do objeto isoladamente, mas da relação entre eles. Pelo fenomenalismo, não pode o sujeito conhecer a coisa em si mesmo, mas apenas sua manifestação. Conhece-se não o objeto propriamente, mas sua expressão (KZAM NETO, 2007, p. 16).

Esse momento corresponde à filosofia da linguagem, em que o ser humano não é mais reconhecido como ser apto a conhecer a essência das coisas de forma isolada, mas sim um ser inserido em cadeias comunicativas. Nesse diapasão, Lênio Streck (2005, p. 171) leciona que a filosofia da linguagem ganha força com a chamada virada lingüística, em que se destacaram pensadores como Wittgenstein. Aqui, a linguagem passa a ter uma função constitutiva da relação do homem como o mundo, sendo que nela ocorre o conhecimento, inclusive o científico, se constituem as ações e é nela que se dá o sentido. Com a força atribuída à linguagem, o conhecimento passa da subjetividade para a intersubjetividade.

Nesse diapasão, Carnelutti (apud MARINONI; ARENHART, 2009, p. 37) entende que as provas não podem conduzir à verdade sobre o fato como ele efetivamente ocorreu, mas apenas mostram como provavelmente ele ocorreu. Por isso, não se pode atingir a verdade sobre certo evento histórico, mas, ao máximo, chegar a uma elevada probabilidade como ele ocorreu, sendo mais forte a idéia de verossimilhança do que de verdade na atividade probatória no processo.

Em virtude da atividade probatória das provas tende à constituição dos fatos, para convencimento do julgador, Fabiana Del Padre Tomé (2008, p. 612-613) informa que existem duas correntes a respeito da função da prova: a corrente cognoscitiva, capitaneada por Taruffo, pela qual a prova deve oferecer ao julgador elemento de verificação da veracidade ou falsidade de determinado enunciado, por meio do conhecimento da realidade⁸ e a; concepção persuasiva, em que a prova é meio de persuasão, não se prestando a conhecer a verdade ou falsidade dos fatos.

Pela corrente persuasiva, Carnelutti (2002, p. 80) infere que a prova não serve para conhecer os acontecimentos, mas para conseguir a determinação formal do fato. Malatesta (apud Del Padre Tomé, 2008, p. 613) também esclarece que a prova é o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, sendo sua eficácia tanto maior quanto mais clara, mais plena e mais seguramente ela induzir no espírito a crença de estarmos de posse da verdade.

Diante dos referencias teóricos de Carnelutti e Malatesta, Del Padre Tomé conclui que a função das provas é fixar os fatos jurídicos no mundo, por meio da linguagem competente. Aqui, a atividade do juiz se assemelha a de um historiador, pois ambos se propõem a estabelecer fatos representativos de acontecimentos passados, por meio de rastros dos respectivos eventos, utilizando-se de processo lógico-presuntivo que permitam a desconstituição de determinado fato. No entanto, para a referida doutrinadora, a função persuasiva das provas não implica no desprezo pela verdade, pois não se tem uma persuasão pura e simples, desconectada de qualquer relação com o conhecimento, pois quem fala – ao menos se espera – o faz em nome da verdade.

⁸ Taruffo (2002, p. 84) concluiu que, ainda que se possa aceitar concepções relativizadas e contextualizadas da verdade judicial, sua própria possibilidade teórica e prática constitui possibilidade teórica e prática para a definição da prova como meio para estabelecer a verdade dos fatos. Assim, a decisão judicial pode e deve basear-se na reconstrução verdadeira dos fatos da causa. Como prova, deve-se entender o conjunto de elementos, procedimentos e fundamentos pelos quais a reconstrução dos fatos é elaborada, verificada e confirmada como verdadeira. Assim, se recupera o nexo instrumental entre prova e verdade dos fatos, que está na base da concepção jurídica tradicional da prova.

Nesse diapasão, fugindo de verdades ontológicas sobre os fatos e aproximando de uma visão com base na interação entre sujeito e objeto, Jürgen Habermas (apud MARINONI; ARENHART, 2009, p. 42) compreende que a verdade sobre um fato é um conceito dialético, que é construída com base na argumentação desenvolvida pelos sujeitos cognoscentes. Infere que a “verdade não se descobre, mas se constrói, através da argumentação”.

A adoção da teoria de Habermas sobre a verdade no que se refere às provas produzidas no processo consiste também na tentativa de superação dos paradigmas do sujeito e do objeto, pelo que o foco passa a não mais residir neles, mas no discurso⁹. A razão não está no mundo ou no que o sujeito individualmente tomado, mas naquilo que é produzido a partir de certos elementos comuns, ou seja, na linguagem. Prestigia-se o diálogo e não a reflexão isolada de um só sujeito, sendo esse diálogo prévio e anterior ao conhecimento. Busca-se um consenso que permite o conhecimento e não um consenso do conhecimento. Esse consenso reside na aceitação prévia dos critérios necessários para a realização de qualquer comunicação, sendo condição essencial para a ação comunicativa o meio lingüístico, através das interações que se interligam.

Assim, para Habermas, a verdade não é um conceito absoluto, mas resultam de um consenso discursivo. A verdade é algo necessariamente provisório, apenas prevalecendo enquanto se verificar o consenso e, para uma situação específica e concreta. Tal consenso prévio para a ação comunicativa, conforme Habermas ensina, é buscado na universalidade do procedimento. Volta-se, portanto, mais para a forma como essa verdade é obtida do que para seu conteúdo. O verdadeiro e o falso não têm origem nas coisas, nem na razão individual, mas no procedimento (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 255-256).

No que tange à matéria probatória no processo, esse consenso prévio reside nas normas jurídicas que disciplinam a produção das provas. A atividade de provar não fica, por conta disso, sujeita meramente à verdade e a falsidade dos enunciados produzidos no processo. Está mais ligada ao discurso, ao resultado da argumentação formulada pelas partes no processo.

⁹ Não obstante nosso entendimento, Streck (2011, p. 424-425) pensa que tanto os positivistas, quanto Habermas não superam o esquema sujeito-objeto. O professor brasileiro defende que, para Habermas, o modo de ultrapassar o sujeito solipsista não acontece por meio da alteração do modo de ser do sujeito, pois entende que caberia ao juiz a tarefa de solucionar os chamados casos difíceis. Segundo Streck, a tentativa de superação do sujeito solipsista, em Habermas, aconteceria tão somente por meio de uma metalinguagem, de segundo nível, como é a linguagem do direito, que seria livre da impureza desse sujeito, o que entende não ser suficiente. Assim, a fundamentação racional da norma, por meio dos discursos de fundamentação/justificação, traria uma nova modalidade de juiz, que não seria mais a boca da lei, mas sim boca dos discursos da norma racionalmente fundada, que prioriza os discursos de fundamentação, que são discursos sobre a validade do direito.

Mais forte que o conteúdo verdadeiro ou falso, cuja essência não se pode obter e verificar empiricamente, é a verificação da linguagem constante do processo, com a indicação das formalidades previstas nas normas jurídicas.

As teorias de Habermas e Canelutti, acompanhada por Marinoni & Arenhart, quando focam o valor das provas no processo mais no discurso e na linguagem própria do direito, afina-se com os entendimentos de que fato e evento são categorias distintas e que a realidade é construída pela linguagem, como defendem, dentre outros, Tércio Sampaio Ferraz e Paulo de Barros Carvalho. Portanto, a teoria da prova não se volta à essência do objeto ou à sua manifestação, mas ao seu relato em linguagem competente, ou seja, ao fato jurídico.

No que tange ao fato jurídico tributário, tido como a transcrição de um evento tributário no antecedente da norma individual e concreta tributária, aqui o lançamento tributário, este pode ser desconstituído ou confirmado em juízo, por meio das provas admitidas no direito processual. Novamente aqui não é possível fugir da linguagem própria do direito prevista para a prática dos atos processuais, de acordo com os procedimentos previamente estabelecidos nas normas, o que, no entendimento de Habermas, gera o consenso prévio necessário à comunicação entre as partes e o juiz.

Propomos, por fim, um exercício tendo por base a hipótese formulada ao norte, qual seja a incidência de o Imposto de Renda Pessoa Física sobre o contribuinte X, tendo como fato jurídico tributário do lançamento, no caso um auto de infração, o recebimento de rendas – salário – da empresa Y no ano de 2007. Ao buscar a desconstituição do lançamento, alegando a não ocorrência da hipótese tributária, como consta do fato inscrito no antecedente do auto de infração, o contribuinte, tendo ingressado com uma ação anulatória, ao se valer como prova documental, qual seja a rescisão do contrato de trabalho no final de 2006, busca convencer o juiz que não recebeu rendimentos da empresa Y em 2007 e que o fato jurídico tributário, qual seja, o recebimento de uma determinada quantia a título de salário em 2007, não é válido. Igualmente, a Fazenda Nacional pode buscar provar, por meio de informações fiscais, trabalhistas e previdenciárias que, sim, o contribuinte recebeu salário da empresa Y em 2007, pois fora recontratado em junho de 2007 e dessa forma, demonstrar que o fato jurídico tributário inscrito em linguagem própria no lançamento tributário está de acordo com o antecedente da norma geral e abstrata do imposto de renda pessoa física.

A utilização da prova documental, se apresentada nos autos de acordo com as regras processuais em vigor, por ambas as partes, demandará a utilização da linguagem competente

prevista no direito. Ou seja, em juízo, o fato jurídico tributário inscrito no lançamento tributário, em linguagem jurídica própria, apenas poderá ser desconstituído em juízo com a utilização da linguagem jurídica específica do processo, especialmente com a produção adequada e regular das provas admitidas.

Não basta que divaguem as partes sobre a correspondência entre fatos e eventos. É necessário que provem, argumentem de forma coerente e adequada sobre a compatibilidade, ou não, do fato jurídico tributário descrito no lançamento tributário com o evento jurídico tributário, ocorrido no mundo fenomênico, para se verificar se está correta ou não incidência jurídica produzida no lançamento tributário.

A verdade não será a correspondência estrita entre o fato jurídico tributário e o evento, mas sim o resultado, a conclusão a que chegou o juiz, desde que tenha observado adequadamente as normas previstas para a atividade probatória, assim como a atividade postulatória de ambas as partes. Prepondera, portanto, não o conhecimento da essência do objeto, mas o uso adequado da linguagem jurídica -- processual e probatória -- assim como as interações entre o sujeito cognoscente, nesse caso o juiz, e o objeto, quais sejam os eventos discutidos no processo.

5 Conclusões

Como premissas essenciais para conclusão do presente trabalho, destacamos: a diferenciação entre evento e fato; o rompimento com os paradigmas do objeto e do sujeito, que admitem a separação estanque entre sujeito cognoscente e objeto, como se o conhecimento pudesse ser alcançado em sua essência, por ele mesmo; a relevância das interações comunicativas entre sujeito e objeto para o conhecimento, com a preponderância da linguagem estabelecida entre as partes da ação comunicativa; a incidência jurídica não operando automaticamente quando ocorre no mundo fenomênico o evento previsto na hipótese (antecedente) da norma jurídica geral e abstrata, mas tão somente quando esse evento é transcrito na linguagem própria do direito, dando lugar ao fato jurídico.

No que tange à incidência tributária, acompanhando essa diferenciação entre fato e evento, não há relevância para o direito do acontecimento no mundo sensível de um evento previsto numa hipótese tributária abstrata como causa da imposição de um tributo enquanto este fato não for capturado, transcrito por meio da linguagem jurídica adequada, que no caso é o lançamento tributário. Somente aí que está configurado o fato jurídico tributário, conforme teoria de Paulo de Barros Carvalho.

Quando o fato jurídico tributário contido no antecedente de uma norma individual e concreta, qual seja o lançamento tributário, é questionado em juízo, pode ser ele desconstituído ou confirmado. Quaisquer dessas duas possibilidades deve se dar também utilizando a linguagem jurídica própria, que vem a ser o sistema de provas previsto no ordenamento processual.

Fica, portanto, configurada a relevância da linguagem jurídica corretamente utilizada para que o fato jurídico tributário seja constituído, no lançamento tributário, ou que seja desconstituído ou confirmado de acordo com as provas produzidas. Importa mais o manejo correto da linguagem jurídica no ato administrativo de lançamento e no processo do que a correspondência dos enunciados produzidos com a realidade, à qual não se pode retornar de forma absoluta e inelutável.

Há, portanto, afinidade entre a teoria da incidência jurídica de Paulo de Barros Carvalho com as funções atribuídas à prova no processo, especialmente a de formalizar o fato jurídico em linguagem própria, verificado o consenso a partir da obediência às regras previamente estabelecidas para a comunicação das partes, conforme ensinam Habermas e Carnelutti.

Referências Bibliográficas

- ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do direito tributário. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010.
- BOBBIO, Norberto. Teoria geral do direito. Tradução de Denise Agotisnetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 28 maio 2017.
- CARNELUTTI, Francesco. A prova civil. Tradução de Lisa Pary Scarpa. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.
- CARVALHO, Aurora Tomazin de. Curso de teoria geral do direito. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2010.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito tributário. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DEL PADRE TOMÉ, Fabiana. Prova e aplicação no direito tributário. In: SCHOUERI, Luis Eduardo. Direito tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

- FERRAZ, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.
- HABERMAS, Jurgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.
- _____. Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos. Madrid: Ediciones Catedra, 1994.
- KZAM NETO, Calilo Jorge. A norma de anistia no direito tributário. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. Processo de conhecimento. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. Prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Decadência e prescrição no direito tributário. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.
- _____. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Madrid: Trotta, 2002.
- VILANOVA, Lourival. Estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

A Organização da Prestação do Socorro no Município de Vila Nova de Gaia: Capacidades e Vulnerabilidades na Articulação Entre Corpos de Bombeiros

The Organization of the Provision of Assistance in The Municipality of Vila Nova de Gaia: Capabilities and Vulnerabilities in the Articulation Between Fire Departments

José Carlos Cidade¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Caracterização dos Corpos de Bombeiros no município de Vila Nova de Gaia; 3. Articulação operacional entre Bombeiros Profissionais e Voluntários em Vila Nova de Gaia; 4. Considerações Finais e Referências bibliográficas.

Resumo: Um dos agentes de proteção civil em Portugal são os corpos de bombeiros. Sendo Portugal continental constituído por 278 concelhos, verifica-se a coexistência, em alguns, de corpos de bombeiros profissionais e voluntários, como é o caso de Vila Nova de Gaia. Neste, coexistem seis corpos de bombeiros voluntários e uma companhia de bombeiros sapadores. Os sete corpos de bombeiros foram fundados entre os anos 1839 e 1995. Tendo por propósito aumentar a eficiência do socorro prestado à população, e apesar de terem sido definidos procedimentos operacionais, facilitadores da atuação entre os corpos de bombeiros decorrente da necessidade de articular a intervenção, algumas dificuldades de articulação têm-se revelado em consequência de enormes mudanças ocorridas neste município como o aumento e envelhecimento da população, a densificação da rede viária e a reorganização administrativa. O objetivo deste trabalho é identificar as potencialidades e fragilidades na articulação entre corpos de bombeiros em Gaia. Em termos metodológicos, recorreu-se à análise estatística de dados secundários provenientes da Autoridade Nacional de Proteção Civil, da câmara municipal de Vila Nova de Gaia e de todos os corpos de bombeiros assim como em entrevistas semiestruturadas realizadas aos presidentes e comandantes dos corpos de bombeiros voluntários, ao vereador e comandante operacional municipal. Como conclusão e na perspetiva de poder contribuir de forma reflexiva para a realidade da existência dos corpos de bombeiros em Vila Nova de Gaia, os resultados preliminares demonstram que é possível obter ganhos de eficiência na prestação do socorro através de uma melhor articulação entre os corpos de bombeiros.

Palavras-chave: Bombeiros profissionais; bombeiros voluntários; proteção civil; articulação; Vila Nova de Gaia.

Abstract: One of the civil protection agents in Portugal is the fire brigade. Being continental Portugal constituted by 278 municipalities, there is a coexistence in some of professional and voluntary fire brigades, as is the case of Vila Nova de Gaia. In this, six volunteer fire brigades and a firefighter's company coexist. The seven fire brigades were founded between 1839 and 1995. With the purpose of increasing the efficiency of the relief provided to the population, and in spite of the definition of operational procedures, facilitators of the work between the fire brigades due to the need to articulate the intervention, some difficulties of articulation have been revealed as a consequence of enormous changes in this municipality, such as the increase and aging of the population, the densification of the road network and the administrative reorganization. The objective of this work is to identify the potentialities and

¹ Departamento de Geografia da Faculdade de Letras da Universidade do Porto
josecarloscidade@gmail.com

weaknesses in the articulation among fire brigades in Gaia. Methodologically, statistical analysis of secondary data from the National Civil Protection Authority, Vila Nova de Gaia city hall and all fire brigades was used, as well as semi-structured interviews with presidents and commanders of volunteer firefighters, the municipal councilor and the operational commander. As a conclusion in the perspective of being able to contribute in a reflective way to the reality of the existence of fire brigades in Vila Nova de Gaia, the preliminary results show that it is possible to obtain efficiency gains in the provision of relief through organizational readjustments and management of resources.

Keywords: Professional firefighters; volunteer firefighters; civil protection; Vila Nova de Gaia.

1. Introdução

O sistema de proteção civil, que vigora em Portugal desde 2006, contribui para garantir a segurança das populações, sendo esta uma das tarefas fundamentais do Estado. A proteção civil, em Portugal, é a atividade assumida pelo Estado, Regiões Autónomas, Autarquias Locais, cidadãos e por todas as entidades públicas ou privadas, com a finalidade de prevenir riscos coletivos inerentes a situações de acidente grave ou catástrofe, de atenuar os seus efeitos e proteger e socorrer as pessoas e bens em perigo quando aquelas situações ocorram².

Os corpos de bombeiros³ podem subdividir-se em profissionais⁴, mistos⁵, voluntários⁶ e privativos⁷, nalguns territórios, coexistem diferentes tipos de corpos de bombeiros. Os corpos de bombeiros profissionais podem assumir a designação de sapadores e a estrutura de regimento, batalhão, companhia ou secção. Estes corpos de bombeiros profissionais, são exclusivamente fundados, administrados e sustentados, na dependência direta de uma câmara municipal.⁸

Considerou-se como área de estudo o município de Vila Nova de Gaia. Neste, existem sete corpos de bombeiros, seis dos quais são voluntários e um profissional. Este município situa-se na margem sul do Rio Douro. Insere-se na Área Metropolitana do Porto (NUTS III)⁹ e na Região do Norte (NUTSII)¹⁰. O município de Vila Nova de Gaia, tem uma área territorial de 168,46 Km², com 302 296 habitantes,¹¹ num total de quinze (15) freguesias.¹²

2 De acordo com o ponto 1 do artigo 1º da Lei n.º 27/2006, de 3 de julho.

3 Definido na alínea c) do artigo 2º do Decreto-lei n.º 247/2007, de 27 de junho

4 Com as características definidas no ponto 2 do artigo 7º do Decreto-lei n.º 247/2007, de 27 de junho

5 Com as características definidas no ponto 3 do artigo 7º do Decreto-lei n.º 247/2007, de 27 de junho

6 Com as características definidas no ponto 4 do artigo 7º do Decreto-lei n.º 247/2007, de 27 de junho

7 Com as características definidas no ponto 5 do artigo 7º do Decreto-lei n.º 247/2007, de 27 de junho

8 Nos termos do número 2 do artigo 7º do Decreto-lei n.º 247/2007, de 27 de junho

9 Nos termos do Decreto-lei n.º 46/89, de 5 de fevereiro

10 De acordo com o Decreto-lei n.º 46/89, de 5 de fevereiro

11 De acordo com consulta efetuada a www.ine.pt, em 24 de janeiro de 2023

12 Nos termos da Lei n.º 11-A/2013, de 28 de janeiro

Orientou-se a investigação para a seguinte questão:

i) Quais os constrangimentos na articulação da resposta dos corpos de bombeiros no município de Vila Nova de Gaia?

O foco deste estudo visa contribuir com algumas reflexões, que servirão de resposta à interrogação supramencionada contribuindo assim para um melhor conhecimento das condições de operacionalidade e de articulação entre o corpo de bombeiros profissional e os voluntários.

O presente trabalho está organizado da seguinte forma: inicia efetuando-se uma caracterização e localização do município de Vila Nova de Gaia além de referir qual a metodologia aplicada neste estudo; em seguida, caracterizam-se os corpos de bombeiros existentes em Vila Nova de Gaia; a evolução operacional dos sete corpos de bombeiros existentes em Vila Nova de Gaia; de imediato passa-se à análise da articulação entre o corpo de bombeiros profissional e os seis corpos de bombeiros voluntários existentes em Vila Nova de Gaia; e, finalmente, extraem-se as principais conclusões relativas à problemática em análise.

Quanto à metodologia aplicada, verificou-se que o processo de investigação se desenvolveu em função da questão levantada em torno da problemática atrás exposta e operacionaliza-se numa estratégia de pesquisa integrada, a qual privilegia uma combinação entre uma abordagem qualitativa e quantitativa.

Este trabalho cingiu-se muito à recolha, análise bibliográfica e documental – técnicas, aliás, aplicadas ao longo de todo o processo de pesquisa – com vista a analisar intensivamente a informação disponível relativa ao quadro teórico e ao objeto empírico.

2. Caracterização dos Corpos de Bombeiros no município de Vila Nova de Gaia

2.1 – Caracterização dos corpos de bombeiros

O primeiro corpo de bombeiros a ser fundado neste município foi a Companhia de Bombeiros Sapadores e Proteção Civil de Vila Nova de Gaia (CBSPC-Gaia), a 4 de maio de 1839. Este tem a responsabilidade de atuação prioritária¹³ neste município. O contingente desta companhia, é classificado do tipo 2¹⁴, o que significa que é constituído por 90 a 120 bombeiros profissionais. Todos os seis corpos de bombeiros voluntários foram fundados no

13 Nos termos do ponto 3 do artigo 5º do Decreto-lei nº 247/2007, de 27 de junho

14 De acordo com o artigo 10º do Decreto-lei nº 247/2007, de 27 de junho

decorrer do século XX, sendo o mais recente, de 20 de fevereiro de 1995, a Associação Humanitária de Bombeiros Voluntários de Crestuma.

A Tabela 1, caracteriza-nos os corpos de bombeiros existentes em Vila Nova de Gaia, por ordem cronológica de fundação, o tipo de contingente, a área de atuação e o número de população abrangida.

Tabela 1 – Caracterização dos corpos de bombeiros de Vila Nova de Gaia

Corpo de Bombeiros	Data de fundação a)	Tipo de contingente b)	Área de atuação c)	População abrangida d)
Companhia de Bombeiros Sapadores de Vila Nova de Gaia	04.05.1839	T2 (entre 90-120 bombeiros)	Todo o município	302.296
Associação Humanitária de Bombeiros Voluntários de Coimbrões	20.05.1906	T3 (entre 60-90 bombeiros)	Santa Marinha	30146
			Afurada	3568
			Mafamude	38544
			Vilar de Andorinho	18155
			Canidelo	27769
			Madalena (parte)	6040
			TOTAL	124222
Associação Humanitária de Bombeiros Voluntários dos Carvalhos	17.04.1911	T2 (entre 90-120 bombeiros)	Pedroso	18714
			Seixezelo	1712
			Grijó	10578
			Sermonde	1360
			Olival (parte)	2812
			TOTAL	35176
Associação Humanitária de Bombeiros Voluntários de Valadares	06.12.1914	T3 (entre 60 - 90 bombeiros)	Vilar do Paraíso	13878
			Valadares	10678
			Gulphilhares	11348
			Canelas	13459
			Madalena (parte)	3894
TOTAL	53257			
Associação Humanitária de Bombeiros Voluntários da Aguda	29.03.1925	T3 (entre 60 - 90 bombeiros)	Arcozelo	14352
			S. Félix da Marinha	12706
			Serzedo	7891
			Perosinho	6459
			TOTAL	41408
Associação Humanitária de Bombeiros Voluntários de Avintes	20.08.1931	T3 (entre 60 - 90 bombeiros)	Avintes	11497
			Oliveira do Douro	22383
			TOTAL	33880
Associação Humanitária de Bombeiros Voluntários de Crestuma	20.02.1995	T4 (até 60 bombeiros)	Sandim	5938
			Olival (parte)	3000
			Lever	2794
			Crestuma	2621
			TOTAL	14353

Dados fornecidos pelos corpos de bombeiros; b) De acordo com o artigo 10º do Decreto-lei n.º 247/2007, de 27 de junho; c) De acordo com elementos fornecidos pela ANEPC e d) De acordo com consulta a www.ine.pt, em 30 de janeiro de 2023.

2.2 – Evolução da atividade operacional dos corpos de bombeiros

O registo anual de ocorrências em Vila Nova de Gaia, (Tabela 2), evidencia que entre 2006 e 2016, o número médio de ocorrências, por corpo de bombeiros, foi de 4.074 ocorrências.

Tabela 2 - Número de ocorrências por corpo de bombeiros, entre 2006 e 2016

Corporações	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	TOTAL
CBSPC-Gaia	3165	3533	4014	5007	4905	4838	4292	4677	4246	4908	26119	69704
A.H.B.V. Aguda	3683	4298	4715	5086	5106	4851	4158	4424	4373	4436	1074	46204
A.H.B.V. Avintes	1741	2567	2539	2924	2896	2665	2631	2591	2761	5087	1094	29496
A.H.B.V. Carvalhos	3421	4406	4627	4998	4697	4750	4794	4748	5207	5515	1221	48384
A.H.B.V. Coimbrões	3348	4697	5129	5669	6520	6304	6943	6817	7041	6791	1503	60762
A.H.B.V. Crestuma	1295	1540	1470	1646	1661	1490	1116	1274	1171	1303	856	14822
A.H.B.V. Valadares	4086	5254	5316	5189	4598	4149	3327	3765	3693	3901	1044	44322
Total Voluntários	17574	22762	23796	25512	25478	24209	22969	23619	24246	27033	6792	243990
Total em Gaia	20739	26295	27810	30519	30383	29047	27261	28296	28492	31941	32911	313694

Fonte: Autoridade Nacional de Proteção Civil

O ano em que se verificou o número mais elevado de ocorrências, (Tabela 2), foi 2016, com 32 911, o que representa 10,49% do número total de ocorrências verificado entre 2006 e 2016. Neste período, os sete corpos de bombeiros acorreram a 313 694 ocorrências (Figura 1), de diversos tipos, sendo de salientar que os três tipos de ocorrências mais significativos foram os seguintes: assistência em saúde, (78,26%); assistência e prevenção a atividades humanas, (7,87%) e operações (3,11%).

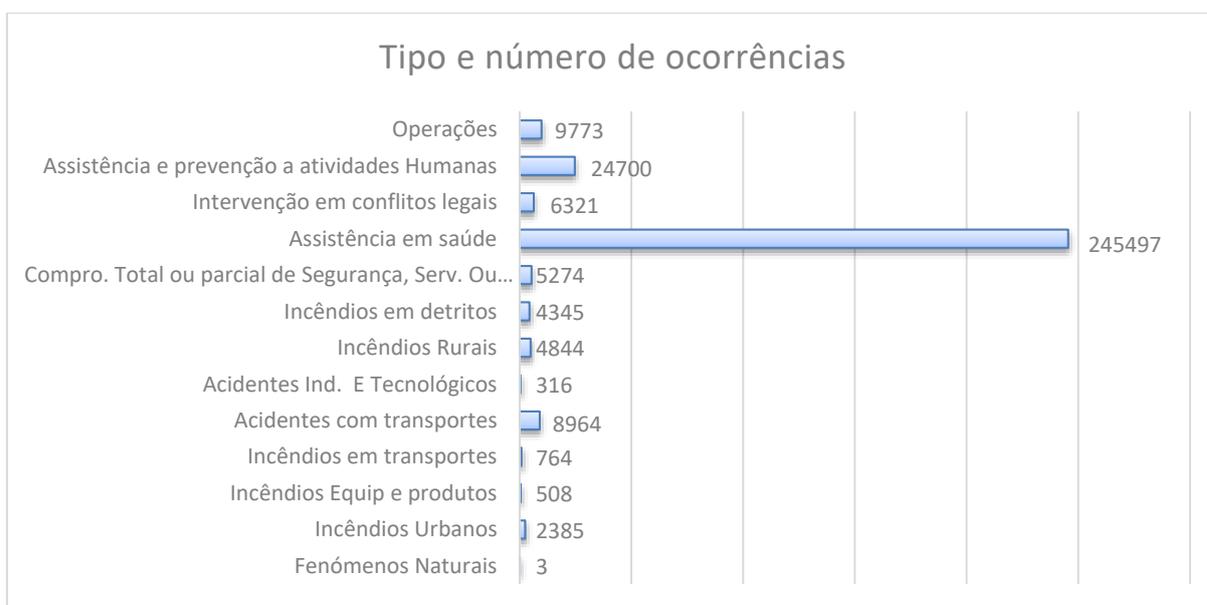


Figura 1 - Número e tipo de ocorrência verificada em V.N. de Gaia, entre 2006 – 2016
 Fonte: Dados fornecidos pela Autoridade Nacional de Proteção Civil, em 2017

3. Articulação Operacional entre Bombeiros Profissionais e Voluntários em Vila Nova de Gaia

3.1 – Os Procedimentos Operacionais

A articulação operacional entre corpos de bombeiros, ao longo dos tempos, tem originado alguns conflitos uma vez que o corpo de bombeiros profissional tem a atuação prioritária no município de Gaia e os corpos de bombeiros voluntários, têm áreas de atuação próprias. Por outro lado, verifica-se a existência de sobreposição de áreas de atuação própria de dois corpos de bombeiros, o que leva a conflitos entre os corpos de bombeiros voluntários.

Esta articulação, tem sido uma preocupação constante e recorrente tendo, em 1998, originado um encontro com todos os comandantes dos corpos de bombeiros, na qual se definiram, pela primeira vez, procedimentos operacionais tendo em vista facilitar a ação dos bombeiros, melhorar e ajudar os cidadãos que residem, trabalham e transitam no município de Vila Nova de Gaia, ficando assim, definido o seguinte modus operandi:

i) Um corpo de bombeiros voluntários é alertado da existência de uma ocorrência, na sua área de atuação própria¹⁵.

O corpo de bombeiros voluntários sai para o local e, em simultâneo, alerta a CBSPC-Gaia, onde se localiza a respetiva ocorrência. De seguida, o corpo de bombeiros voluntários, que recebeu o alarme, comunica ao Comandante Concelhio Operacional (CCO), atualmente, designa-se por COM (Comandante Operacional Municipal).

ii) No caso da CBSPC-Gaia, ser alertada para a existência de uma ocorrência.

A CBSPC-Gaia sai para o local e, em simultâneo, alerta o corpo de bombeiros voluntários da área da existência da referida ocorrência. De seguida, a CBSPC-Gaia, comunica ao CCO.

iii) No caso de um corpo de bombeiros voluntários, ser alertado da existência de uma ocorrência, fora da sua área de atuação própria. O corpo de bombeiros alerta, em simultâneo, a CBSPC-Gaia e o corpo de bombeiros da respetiva área. De seguida, a CBSPC-Gaia, comunica ao CCO.

iv) Na circunstância da CBSPC-Gaia ou qualquer outro corpo de bombeiros voluntários, face a um alerta, não sair devido à falta de capital humano. Deve informar que não vai efetuar o serviço e providenciar no alerta a outro ou outros corpos de bombeiros. Terminada a missão, a CBSPC-Gaia e o ou os corpos de bombeiros envolvidos, comunicarão ao CCO, o respetivo encerramento do serviço.

Decorridos dezoito anos, tendo por objetivo, melhorar a articulação operacional dos meios existentes no município de Vila Nova de Gaia, tendo em consideração legislação entretanto produzida, foram definidos os seguintes procedimentos:

i) No caso de a ocorrência ser de pequena dimensão, ocorre à situação, o corpo de bombeiros voluntários da respetiva área ou o contingente da CBSPC-Gaia, de acordo com a localização e disponibilidade do corpo de bombeiros voluntários informando, de imediato, a central da CBSPC-Gaia.

ii) Para fazer face a ocorrências mais relevantes, sai o corpo de bombeiros voluntários da área mais os elementos da CBSPC-Gaia.

iii) No caso de ser necessário mais contingente, mais viaturas ou mais equipamentos, são acionados mais meios de outros corpos de bombeiros voluntários do município ou fora dele, em função da proximidade à ocorrência e dos meios disponíveis, pelo Centro Distrital de Operações de Socorro (CDOS-Porto), a pedido do Comandante de Operações de Socorro (COS), no local. Em qualquer uma destas situações, é sempre feita a

¹⁵ Nos termos do artigo 5º do Decreto-lei nº 247/2007, de 27 de junho

informação recíproca das saídas. Os corpos de bombeiros voluntários informam o COM, do envio de qualquer meio operacional, para fora da área geográfica de Vila Nova de Gaia.

iv) No âmbito desta articulação municipal, o COM, definiu uma série de grelhas de atuação, de acordo com o tipo de ocorrência, (incêndios, acidentes, infraestruturas e vias de comunicação, pré-hospitalar, conflitos legais, tecnológicos e industriais, serviços, atividades e eventos de proteção civil), nas quais são definidas as equipas de 1ª e 2ª intervenção, qual o tipo de viaturas a utilizar, qual o número do contingente.

Face ao exposto, constata-se que os constrangimentos identificados na articulação da resposta dos corpos de bombeiros no município de Vila Nova de Gaia são os seguintes: áreas de atuação própria sobrepostas, definição rígida de áreas de atuação própria dos corpos de bombeiros voluntários e inexistência de central telefónica centralizada.

4. Considerações Finais

Em consequência de grandes mudanças ocorridas no município de Vila Nova de Gaia, como o aumento e envelhecimento da população, a densificação da rede viária e a reorganização administrativa, constata-se que o nível de articulação dos corpos de bombeiros, apesar de todos os esforços efetuados, ainda, demonstra fragilidades.

Assim e, na perspetiva de poder contribuir de uma forma reflexiva para a realidade da existência dos corpos de bombeiros em Vila Nova de Gaia, esta investigação mostra que, a existência de sete corpos de bombeiros de dois níveis, (profissionais e voluntários), no mesmo território, faz sentido atendendo à complementaridade na prestação de serviços à população. Esta articulação será potenciada a partir do momento em que a CBSPC-Gaia, passe a dispor de uma central telefónica centralizada para dessa forma efetuar uma gestão eficiente de recursos humanos, viaturas e equipamentos para fazer face aos vários tipos de ocorrências. No sentido de aumentar a eficiência e rapidez de atuação dos corpos de bombeiros em Vila Nova de Gaia, em consonância com as alterações produzidas pela reorganização administrativa do território das freguesias¹⁶, e para evitar que uma freguesia possa ser abrangida por dois corpos de bombeiros voluntários, será necessário efetuar-se um ajustamento às atuais áreas de atuação própria de cada corpo de bombeiros, para que estas coincidam com os territórios concebidos na reorganização territorial de 2013.

Referências Bibliográficas

“Estudo sobre corpos de bombeiros voluntários, profissionais e mistos dos municípios e equipas de intervenção permanente (EIP’s)”, efetuado pelo Instituto Politécnico de Leiria – (IPL).

¹⁶ Lei n.º 11-A/2013, de 28 de janeiro

AMARO, António (2009). *O socorro em Portugal – Organização, formação e cultura de segurança nos corpos de bombeiros, no quadro da Proteção civil*. Faculdade de Letras da Universidade do Porto. Porto (Tese de doutoramento na área da Geografia humana).

OLIVEIRA, José Cidade. (2021). *A articulação entre os corpos de bombeiros (sapadores e voluntários) no concelho de Vila Nova de Gaia – contributos para uma prestação do socorro mais eficiente*. Faculdade de Letras da Universidade do Porto. Porto (Tese de doutoramento na área da Geografia humana).

Legislação consultada:

Lei nº 27/2006, de 3 de julho

Lei nº 11-A/2013, de 28 de janeiro

Decreto-lei nº 46/89, de 15 de fevereiro

Decreto-lei nº 247/2007, de 27 de junho

Infografia:

Autoridade Nacional de Proteção Civil, 04.07.2017

Associação Humanitária de Bombeiros Voluntários da Aguda, 05.05.2017

Associação Humanitária de Bombeiros Voluntários da Avintes, 18.05.2017

Associação Humanitária de Bombeiros Voluntários da Carvalhos, 22.05.2017

Associação Humanitária de Bombeiros Voluntários da Coimbrões, 21.06.2017

Associação Humanitária de Bombeiros Voluntários da Crestuma, 14.06.2017

Associação Humanitária de Bombeiros Voluntários da Valadares, 07.07.2017

Companhia de Bombeiros Sapadores e Proteção Civil de Vila Nova de Gaia, 25.05.2017

www.ine.pt, consultado a 24 e 30 de janeiro de 2023

O Dispute Boards em Contratos de Obras Públicas – o Remédio Contra as Paralisações de Grandes Obras

The Dispute Boards in Public Works Contracts - the Remedy Against Stoppages of Major Works

Keila Oliveira Kremer¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceito de Disput Boards; 3. O Dispute Boards e a Lei 14.133/2021; 4. Pontos Positivos e Negativos; 5. Práticas Consolidadas e suas Consequências; 6. Conclusão; 7. Referências Bibliográficas.

Resumo: A evolução dos debates jurídicos sobre o uso da arbitragem e outros meios de resolução de conflitos em Contratos Administrativos é notável. Dentre os temas que merecem atenção, destaca-se o uso de Disputes Boards em contratos de obras envolvendo o Poder Público. Essa prática tem ganhado relevância e vem sendo discutida amplamente, pois é uma alternativa eficiente e eficaz para solucionar questões contratuais, em especial nas recorrentes paralisações de grandes obras públicas. Neste contexto, o problema proposto no presente trabalho é o seguinte: é possível a utilização do meio de resolução de conflitos em Contratos Administrativos, o Disputes Boards, em contratos de obras públicas, como remédio contra as paralisações de grandes obras? Para a elaboração do presente trabalho utilizaremos como metodologia a ampla revisão teórico-conceitual relacionada à temática apresentada, para fundamentar o conceito do Dispute Board. Será elencado os pontos positivos e negativos de sua utilização nas grandes obras públicas. Por fim, demonstraremos as práticas já consolidadas e suas consequências.

Palavras-chave: Disputes Boards; Contratos de Grandes Obras Públicas; Prevenção; Resolução de Conflitos em Contratos Complexos.

Abstract: The evolution of legal debates on the use of arbitration and other means of dispute resolution in Administrative Contracts is remarkable. Among the topics that deserve attention, the use of Disputes Boards in works contracts involving the Government stands out. This practice has gained relevance and has been widely discussed, as it is an efficient and effective alternative to resolve contractual issues, especially in the recurring stoppages of major public works. In this context, the problem proposed in the present work is the following: is it possible to use the means of conflict resolution in Administrative Contracts, the Disputes Boards, in public works contracts, as a remedy against the stoppages of major works? For the elaboration of this work we will use as methodology the broad theoretical-conceptual theoretical-conceptual review related to the theme presented, to support the concept of the Dispute Board. Dispute Board. It will be listed the positive and negative points of its use in large public works. public works. Finally, we will demonstrate the already consolidated practices and their consequences.

Keywords: Disputes Boards; Large Public Works Contracts; Prevention; Dispute Resolution in Complex Contracts.

1. Introdução

¹ Estudante de mestrado do Programa de Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense (PPGJA-UFF). – E-mail: keilakremer@gmail.com

Na administração pública é normal que haja a incidência de conflitos durante a execução dos contratos de grandes obras públicas, pois a própria natureza do objeto envolve complexidades inerentes ao disposto na avença. Com isso, se criam divergências entre o particular e a administração que ensejam na paralisação de tais construções.

Nesse contexto, é importante destacar os métodos alternativos de resolução de conflitos, isto é, aqueles institutos que se caracterizam como um meio de saneamento de conflitos extrajudiciais, que trazem soluções mais céleres e apropriadas do que uma controvérsia levada ao Poder Judiciário. Dentre eles menciona-se a arbitragem, a negociação e a conciliação, quais são os mais clássicos no Brasil.

No entanto, além desses institutos mais tradicionais, destaca-se o Dispute Boards, que é um método no qual envolve a contratação de um Comitê Técnico especializado para auxiliar projetos de construção civil e infraestrutura em todas as etapas, desde a assinatura do contrato até a conclusão da obra. Seu propósito é facilitar a confiabilidade entre as partes envolvidas durante a solução de controvérsias, além de prevenir conflitos por meio de uma gestão contratual preventiva.

O objetivo de tal instituto é garantir um ambiente propício para a execução do projeto, minimizando potenciais disputas e maximizando a eficiência do processo de construção e evitando suas paralisações. A implementação do método alternativo de resolução de disputas traz consigo um fator importante: a atuação preventiva. Essa abordagem começa desde o momento da contratação, durante a execução da obra e na fase operacional, após a entrega e aprovação. Essa abordagem é mantida por meio da atuação de um Comitê especializado.

2. Conceito de Disput Boards

Porto e Santos², trazem um conceito bem simplificado e de fácil entendimento sobre o Dispute Boards:

O dispute board é caracterizado por ser um comitê de solução de conflitos extrajudiciais, possuindo natureza preventiva, e visa acompanhar a formação e execução de contratos de médio e longo prazo, de modo que possam solucionar eventuais litígios de forma mais rápida, com o conhecimento técnico apropriado para o conteúdo abordado.

O comitê do Dispute Boards, usualmente, é composto por 3 profissionais qualificados, quais são indicados de forma consensual pelas partes. Destes dois detém conhecimento unicamente técnico sobre o objeto do contrato, enquanto um detém

² PORTO, M. R., SANTOS, J. B. A aplicação dos Dispute Boards nos contratos empresariais no Brasil. Revista RBADR, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, 2021, p. 149.

conhecimento jurídico. No entanto, em projetos menores, com aportes financeiros menos vultuosos nas obras, é admissível a indicação, de forma acordada entre as partes, de apenas um único membro. Além disso, em projetos de gigantesca complexidade, pode ser instituído um comitê com uma quantidade de membros maior do que a habitual.³

Pontua-se, ainda, que o instituto exerce as funções de Dispute Review Boards (faz apenas recomendações), de Dispute Adjudication Boards (toma decisões), e, de Combined Dispute Boards (possui as duas funções: recomenda e decide)⁴. Dessa forma, quando o Dispute Review boards emite uma recomendação, esta não vincula as partes. Já em caráter oposto o Adjudication Boards toma decisões que podem, considerando os limites processuais legais, ser utilizadas como comprovação se houver futuros litígios judiciais ou extrajudiciais⁵.

3. O Dispute Boards e a Lei 14.133/2021

A partir do dia 1º de abril de 2021, entrou em vigor a Lei nº 14.11/2021, qual estabelece as novas diretrizes para licitação e contratos na administração pública. Tal normatividade nasce com a perspectiva de avançar em diferentes aspectos em relação a Lei nº 8.666/1993, sobretudo no que tange a seara jurídica de conflitos, pois introduziu em seus textos os mecanismos alternativos de solução de conflitos⁶. Vejamos:

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Sendo assim, a Lei 14.133/2021 representa um avanço significativo nesse tema, ao prever, em seu art. 151, a possibilidade de adoção dos Comitês em contratos administrativos continuados. Essa novidade reforça a importância dos DB como mecanismos de resolução de disputas em Contratos Administrativos. Essa mudança

³ NETO, A. B. F. S. Os Dispute Boards no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras. Revista RBADR, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, 2019, p. 73.

⁴ ROVEDA, J. P. A redução das disputas arbitrais e judiciais em face da existência da cláusula de Dispute Boards nos contratos de construção. Revista RJLB, nº 1, 2019, p. 1147.

⁵ RIBEIRO, A. P. B., RODRIGUES, I. C. M. Os Dispute Boards no direito Brasileiro. Revista Mackenzie, v. 9, n. 2, p. 136.

⁶ BARBOSA, J. C., MACIEL, F. S. P. & KHOURY, N. E. C (2021). Aspectos hermenêuticos da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Revista do TCU, n. 147, p. 12.

legislativa reflete o reconhecimento do valor dos Comitês na gestão contratual no âmbito administrativo.

4. Pontos Positivos e Negativos

Já apresentado que o Dispute Boards é um instituto normatizado no Brasil, passamos agora a analisar seus aspectos positivos, bem como seus aspectos negativos.

Como já mencionado, o formato mais indicado de DB é a instalação permanente de um Comitê composto por membros especializados eleitos pelas partes desde o início do contrato. Essa abordagem permite que os membros do Comitê tenham um conhecimento detalhado das particularidades e da dinâmica do empreendimento em tempo real, evitando os desequilíbrios econômico-financeiros. Além disso, evita a paralisação das Obras.

Entretanto, a modalidade descrita no parágrafo acima não é exclusiva, existindo, também, a chamada modalidade “ad hoc”, isto é, só vai se instaurar um comitê depois de iniciada a vigência do contrato. Neste modelo, apesar da possibilidade em escolher especialistas para o caso em concreto, a desvantagem se consubstancia na falta de afinidade com o contrato, e, assim, tender em maior tempo para diagnóstico do problema, e, dessa maneira, gerar o efeito em cascata: morosidade na resolução da controvérsia entre as partes ou até gerar conflitos reflexos.⁷

Outrossim, mais um ponto benéfico do Dispute Boards é no que tange aos custos, quais são repartidos igualmente pelos assinantes do contrato, logo, não se vislumbra um vultoso dispêndio de capital pelas partes.⁸

No entanto, importante destacar algumas questões que precisam ser levadas em consideração para a implementação do DB: a necessidade de sua regulamentação; que seja tido como um método de efetiva resolução de conflitos, e não um mero estágio prévio da arbitragem ou demanda judicial; deve promover a segurança jurídica dos membros da Administração Pública ao cumprirem decisões emitidas pelo Comitê, evitando que, em meio a controles exacerbados, um gestor público seja punido por cumprir a decisão.

5. Práticas Consolidadas e suas Consequências

Nos anos 60, se teve a primeira prática do uso do Disput Boards. Um projeto, nos EUA, chamado Boundary Dam instaurou um comitê consultivo formado por quatro técnicos, quais decidiram sobre diversas questões ligada ao projeto. Nesse contexto embrionário, foi

⁷ MIMOSO, M. J., BORTONE, J. D. A. A prevenção de litígios nos contratos: a operatividade dos Dispute Boards. *Revista Emerj*, v. 22, nº 2, 2020, p. 305.

⁸ WALD, Arnoldo. Dispute resolution boards: evolução recente. *Revista dos Tribunais Online*, p. 5.

estabelecido o primeiro Disput Boards, qual ocorreu nas obras do túnel Eisenhower em Colorado. Os benefícios advindos de tal cláusula foram muito bem recebidos, chegando ao ponto de se tornar exemplo a ser seguido⁹.

Outro importante caso de sucesso aconteceu na China, durante a construção da Hidrelétrica Erton. Estima-se que em toda a construção do mencionado empreendimento, mais de 40 conflitos foram instalados e encaminhados ao Disput Boards, entretanto nenhum avançou para o litígio judicial ou outro método de resolução de conflitos.¹⁰

Na África do Sul, mais um caso concreto de êxito do Disput Boards pode ser visto durante a construção da barragem Katse, no qual se teve 12 controvérsias levantadas pelas partes e levadas ao Disput Boards. Desse total, apenas 1 não foi resolvida pelo comitê, mas quando chegou ao tribunal arbitral a recomendação do comitê foi confirmada.¹¹

No tangente ao Brasil, a primeira experiência com o DB ocorreu na construção da Linha Amarela do Metrô de São Paulo, financiada pelo Banco Mundial. Nesse caso, o Dispute Board demonstrou eficiência ao longo do tempo, pois foi criado em 2004, e foi registrado sua atividade mesmo após a conclusão das obras, sendo encerrado apenas em 2015.

Destaca-se, ainda, que o início das operações da Linha Amarela do Metrô começou em maio de 2010, ou seja, levando em consideração o início das obras no ano de 2004, o empreendimento teve um período total de 04 anos. Em tal lapso temporal, houve diversas controvérsias levantada pelas partes, sendo todas levadas ao comitê, cujo contribuiu para não paralisação da construção¹².

6. Conclusão

O DB, portanto, revela-se um instrumento altamente eficiente para prevenir e resolver conflitos em contratos complexos, especialmente em grandes obras de infraestrutura. Sua capacidade de oferecer decisões e recomendações rápidas e eficazes é fundamental quando as partes não conseguem chegar a um consenso por si só. Os membros do Comitê, devidamente informados sobre as particularidades da obra em tempo real, desempenham um papel crucial nesse processo. O uso do DB contribuiu para a manutenção

⁹ ALMEIDA, C. S. de., RIBEIRO, M. C. P. Análise crítica das cláusulas Dispute Boards: Eficiência e Casos Práticos. Revista Novos Estudos Jurídicos, Santa Catarina, v. 18, n. 2, 2013, p. 233.

¹⁰ Chen, C. Chern on Dispute Boards: Practice and Procedure. Third ed. Abingdon: Informa Law, 2015. In: Dispute Boards: Inovação no Gerenciamento de Conflitos em Obras de Construção. Encontro Nacional de Tecnologia do Ambiente Construído, Porto Alegre, v. 17, n. 1, 2018, p. 1986.

¹¹ Ibidem, p. 1986.

¹² JOBIM, J. P.; RICARDINO, R.; CAMARGO, R. A. A Experiência Brasileira em CRD: O caso do metrô de São Paulo. In: CRD - Comitê de Resolução de Disputas nos Contratos de Construção e Infraestrutura. São Paulo, ed. PINI, 2016. p. 190.

do fluxo de trabalho e minimiza os efeitos negativos decorrentes de disputas e paralisações, proporcionando uma abordagem ágil e eficaz na resolução de conflitos contratuais complexos.

Diante do exposto, temos como principais conclusões: que a implementação do DB traz consigo um fator importante: a atuação preventiva; que essa prática impacta na redução dos custos, fornecendo alternativas eficientes para economia; que algumas questões precisam ser enfrentadas para a implementação do DB no Brasil; e que o DB contribui para a manutenção do fluxo de trabalho e minimiza os efeitos negativos decorrentes de disputas e paralisações de grandes obras públicas.

7. Referências Bibliográficas

ALMEIDA, C. S. de., RIBEIRO, M. C. P. Análise crítica das cláusulas Dispute Boards: eficiência e casos práticos. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Santa Catarina, v. 18, n. 2, p. 224-239, 2013. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/4676/2588>. Acesso em: 17 jul. 2023.

BARBOSA, J. C., MACIEL, F. S. P. & Khoury, N. E. C (2021). Aspectos hermenêuticos da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Revista do TCU*, n. 147, p. 12-19, 2021. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1695>. Acesso em: 17 jul. 2023.

CHEN, C. Chern on Dispute Boards: Practice and Procedure. Third ed. Abingdon: Informa Law, 2015. In: Dispute Boards: Inovação no Gerenciamento de Conflitos em Obras de Construção. *Encontro Nacional de Tecnologia do Ambiente Construído*, Porto Alegre, v. 17, n. 1, p. 1983-1988, 2018. Disponível em: <https://eventos.antac.org.br/index.php/entac/article/view/1555/1343>. Acesso em: 17 jul. 2023.

JOBIM, J. P.; RICARDINO, R.; Camargo, R. A. A Experiência Brasileira em CRD: O caso do metrô de São Paulo. In: CRD - Comitê de Resolução de Disputas nos Contratos de Construção e Infraestrutura. São Paulo, ed. PINI, p. 169-191, 2016.

MIMOSO, M. J., BORTONE, J. D. A. A prevenção de litígios nos contratos: a operatividade dos Dispute Boards. *Revista Emerj*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 301-313, 2020. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v22_n2/revista_v22_n2_301.pdf. Acesso em: 16 jul. 2023.

NETO, A. B. F. S. Os Dispute Boards no Brasil: evolução Histórica, a prática e perspectivas futuras. *Revista RBADR*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 69-95, 2019. Disponível em: <https://rbadr.emnuvens.com.br/rbadr/article/view/44/27>. Acesso em: 17 jul. 2023.

PORTO, M. R., SANTOS, J. B. A aplicação dos Dispute Boards nos contratos empresariais no Brasil. *Revista RBADR*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 137-157, 2021. Disponível em: <https://rbadr.emnuvens.com.br/rbadr/article/view/102/75>. Acesso em: 17 jul. 2023.

RIBEIRO, A. P. B., RODRIGUES, I. C. M. Os Dispute Boards no Direito Brasileiro. *Revista Mackenzie*, v. 9, n. 2, p. 129-159, 2015. Disponível em: <https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/10108/6253>. Acesso em: 18 jul. 2023.

ROVEDA, J. P. A redução das disputas arbitrais e judiciais em face da existência da cláusula de Dispute Boards nos contratos de construção. *Revista RJLB*, ano 5, n° 1, p. 1131-1161, 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_1131_1161.pdf. Acesso em: 18 jul. 2023.

WALD, A. Dispute resolution boards: evolução recente. *Revista dos Tribunais Online*, p. 1-9. Disponível em: https://edisiplinas.usp.br/pluginfile.php/5593094/mod_folder/content/0/WALD%2C%20Arnoldo.%20Dispute%20Resolution%20Boards%20evolu%C3%A7%C3%A3o%20recente.pdf?forcedownload=1. Acesso em: 17 jul. 2023.

Metodologia e Aplicabilidade do Modelo de Execução Penal Apaqueano na América Latina sob a Ótica da Justiça Juvenil e da Justiça Restaurativa

Lucas Luiz Marzinotto¹
Guilherme Gomes Vieira²

Sumário: 1. Introdução; 2. APACs pelo mundo; 3. Centro Educacional Dr. Mário Ottoboni (APAC Juvenil Masculina – Brasil); 4. Centro Juvenil de Zinacantepec (APAC Juvenil Feminina – México); 5. Semelhanças e Singularidades Legislativas da Justiça Juvenil e dos Sistemas Socioeducativos do Brasil e do México; 6. Considerações Finais.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar, sob a perspectiva Justiça Restaurativa, as experiências da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC) no âmbito da justiça juvenil: o Centro Educacional Doutor Mário Ottoboni (APAC Juvenil Masculina, inaugurada no Brasil em 2021) e o Centro Juvenil de Zinacantepec (APAC Juvenil Feminina, inaugurada no México em 2022). Para isto, utiliza-se uma ampla análise do histórico jurídico da literatura da área, legislações e outros documentos que permeiam a questão do sistema de execução penal envolvendo jovens e adolescentes desses dois países. Propõe-se analisar o alcance da proposta da APAC Juvenil em termos de contribuição ao sistema de justiça restaurativa e na execução penal de jovens e adolescentes em conflito com a lei, notadamente quanto a equivalência entre proposta e resultado. Ao final, conclui-se que a APAC reforça a mudança da realidade do sistema carcerário brasileiro, sem prejuízo da necessidade de seu aprimoramento a fim de refletir e concretizar novas formas de resolução de conflitos.

Palavras-chave: Execução Penal; Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC); Justiça Juvenil; Justiça Restaurativa.

Abstract: This article aims to analyze, from the perspective of Restorative Justice, the experiences of the Association for the Protection and Assistance of Convicts (APAC) in the context of juvenile justice: the Centro Educacional Doutor Mário Ottoboni (APAC Juvenil Masculina, inaugurated in Brazil in 2021) and the Centro Juvenil de Zinacantepec (APAC Juvenil Feminina, inaugurated in Mexico in 2022). For this, a broad analysis of the legal history of the literature in the area, legislation and other documents that permeate the issue of the penal execution system involving young people and adolescents from these two countries is used. It is proposed to analyze the scope of the APAC Juvenil proposal in terms of contribution to the restorative justice system and the criminal execution of youths and adolescents in conflict with the law, notably regarding the equivalence between proposal and result. In the end, it is concluded that APAC reinforces the change in the reality of the Brazilian prison system, without prejudice to the need for its improvement in order to reflect and implement new forms of conflict resolution.

Keywords: Penal execution; Association for the Protection and Assistance of Convicts (APAC); Juvenile Justice; Restorative Justice.

1. Introdução

¹ Graduando em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG - Unidade de Frutal). Partícipe do Curso de Formação de Voluntários das APACs de 2023 e do curso Laboratório de Ciências Criminais 2023 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

² Doutorando em Administração pela Universidade de Brasília. Mestre e graduado em Direito pela Universidade de Brasília. Professor voluntário da graduação da Faculdade de Direito da UnB. Defensor Público do Distrito Federal.

A Justiça Juvenil pode ser definida como a subdivisão da justiça penal que se ocupa de leis, políticas e práticas vinculadas a crianças e adolescentes em conflito com a lei. O histórico da justiça juvenil no Brasil é marcado pela centralidade do castigo, da punição e da privação de liberdade como principais medidas de intervenção estatal sobre essa intersecção entre juventude e criminalidade.

A justiça juvenil passou a se constituir a partir do final do século XIX, com a formação do consenso de que processos judiciais, tribunais e instituições correccionais não eram adequados para crianças e adolescentes. Esta nova perspectiva baseava-se em uma concepção dualista da infância e juventude pela qual os delinquentes juvenis não eram apenas ameaças precoces que deveriam ser corrigidos, mas também vítimas vulneráveis que deveriam ser protegidas.

O primeiro tribunal destinado de forma exclusiva para menores "abandonados" e "delinquentes" foi instituído em 1899 na cidade de Chicago pelo Illinois Juvenile Court Act. Constituiu-se, destarte, a separação formal entre sistemas de justiça para menores e adultos, e passou a eximir os menores de sanções penais, mas destacava a importância de sua reabilitação e proteção.

A legislação brasileira começou a tratar a questão dos adolescentes e os jovens em situação de conflito com a lei primitivamente a partir da Proclamação da República. O Código Penal de 1890, por exemplo, não considerava "criminosos" os que tinham idade inferior a nove anos (BRASIL, 1890).

Em 1923 surge o primeiro Juizado de Menores do Brasil (DEC. 16.727, de 20.12.1923) no Distrito Federal, tendo como seu titular o Magistrado José Cândido Albuquerque Mello Mattos. Misturando assistencialismo com um ideal abstrato de justiça, o Juizado caracterizava-se pela adoção de medidas absolutamente sem qualquer garantia de devido processo legal (SHECAIRA, 2015 p. 36). Fruto dessa experiência, e em função de todo o debate acerca da delinquência juvenil que tomava corpo nas primeiras décadas do século XX, institui-se o Código de Menores, por meio do Dec. 17.943, de 12.12.1927, ficando conhecido como Código Mello Mattos em detrimento da importante participação que teve o primeiro Juiz de Menores nesse processo.

O Código de Menores tinha como objetivo regulamentar a proteção e a assistência aos menores, incluindo penalidades, punições e medidas educativas-disciplinares para os "delinquentes" com internamento, perdão judicial e a liberdade vigiada. Passeti (1982, p. 269), Rizzini (2004, p. 22) e Alvares (1989) irão dizer que nesse contexto o Estado descobre o seu

papel e a sua capacidade de moldar cidadãos, e com o aumento das crianças em situação de pobreza pelas cidades nesse período, elas vão se tornar um alvo dessa nova política estatal.

Os sistemas de justiça juvenil são atravessados pela contradição de pertencerem ao sistema de cuidado infanto-juvenil e ao sistema de justiça penal, o que produz a tensão entre, de um lado, entregar serviços sociais e, de outro, atribuir responsabilidades pelas infrações e cominar sanções. A Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das crianças define como criança todo menor de 18 anos. O marco etário para a imputabilidade penal, no entanto, é definido por cada legislação nacional, estando no Brasil submetido à justiça juvenil pessoas maiores de 12 e menores de 18 anos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a posterior regulamentação do seu artigo 227, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, criaram um novo modelo jurídico de responsabilização que muito se assemelha ao modelo penal de adultos. Cabe salientar que o histórico jurídico das legislações que permeia a questão do sistema de execução penal envolvendo jovens e adolescentes em conflito com a lei é caracterizado por marcos temporais que dividem as fases do desenvolvimento da legislação infanto-juvenil em: etapa indiferenciada ou infância negada; etapa menorista e tutelar e, por fim, a etapa garantista.

A partir do advento da última etapa da evolução histórica que se inicia com a Promulgação da Constituição Federal de 1988, e com a posterior regulamentação da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), nota-se um perceptível avanço legislativo pela própria terminologia, evidenciando a superação de categorias jurídicas violentadas, diminuídas, sinônimo fácil de delinquência e crime rasteiro, muitas vezes associadas à pobreza e carência (SHECAIRA, 2006, p. 46). Por isso que, na literatura especializada no campo da justiça juvenil geralmente retrata o ECA como uma “revolução”, uma “mudança de paradigma” em relação ao modelo anterior, denominada etapa menorista e tutelar, que tinha como base o Código de Menores de 1979.

Uma série de documentos internacionais de proteção à criança e ao adolescente, como a Declaração dos Direitos da Criança, Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Beijing), Diretrizes das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Diretrizes de Riad), Convenção sobre os Direitos da Criança, entre outros, caracterizou e serviu de preceitos basilares para a supracitada etapa garantista. Todavia, afirmar que o projeto condizente com o conserto internacional só foi aprovado graças a uma grande mobilização nacional, além de inúmeras manifestações de organizações que nasceram como porta-vozes daquela política (como foi o caso do

Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua - MNMMR), demonstra como a participação política da sociedade pode ser elemento chave para transformações sociais relevantes como a desse período.

Diferentemente dos pensadores abolicionistas penais que pregam a total extinção do sistema carcerário como única forma de solução do problema, há outros que propõem alterações não apenas legislativas ou materiais, mas na própria filosofia que sustenta o sistema penal (SILVA, 2007, p. 08). O abolicionismo penal e a justiça restaurativa constituem-se como as principais correntes doutrinárias de oposição ao sistema penal presente, pautado sob o modelo de justiça punitivo-retributivo (SILVA, 2007, p. 19).

Enquanto o objetivo do abolicionismo penal é a compensação mais que as represálias, a justiça restaurativa visa a idealização de um modelo penal mais humano, legítimo e democrático, alicerçado na proteção dos direitos fundamentais (DUARTE, 2007, p. 03), através de procedimentos baseados na ética da alteridade que proporcionam o diálogo, a reflexão e o empoderamento, para que as partes, autonomamente, resolvam seus próprios conflitos.

Nesse sentido, a experiência da Associação de Proteção e Assistência ao Condenado (APAC) muito se assemelha ao conceito de Justiça Restaurativa. O modelo de execução penal da APAC visa ajudar o sistema judiciário brasileiro por meio da ressocialização dos condenados através de oportunidades de emprego, estudo e religiosidade. Recentemente, foi implementado no Brasil a primeira APAC Juvenil, a fim de aplicar o mesmo método aos jovens infratores. Contudo, pelo ineditismo da proposta, ainda são poucos os trabalhos voltados a entender a experiência e seus resultados de ressocialização.

Fundamentada em princípios e valores, a Justiça Restaurativa é baseada na experiência dos encontros e se concretiza nas vivências. Diferentemente da Justiça Penal/Criminal, as práticas restaurativas têm caráter reparador, e reúnem um conjunto de pessoas, comunidades e todos os envolvidos em um ato de ofensa/causador de danos – sejam autores ou receptores do ato.

A ideia surgiu devido a uma falha no sistema tradicional, que não cuida da vítima nem do ofensor; é focada na concepção linear do conflito e determina punições que não responsabilizam, contribuindo para a desumanização das pessoas. Segundo Howard Zerd, a Justiça Restaurativa "identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de promover o restabelecimento das pessoas e endireitar as coisas, na medida do possível".

Com enfoque na Justiça, no Direito Penal e Processual Penal Juvenil e no sistema socioeducativo, o objetivo deste artigo é compreender a experiência da Associação de Proteção e Assistência ao Condenado (APAC) Juvenil do Brasil (Centro Educacional Doutor Mário Ottoboni – APAC Juvenil Masculina) e a do México (Centro Juvenil de Zinacantepec – APAC Juvenil Feminina). Além de abordar a estrutura do sistema de justiça juvenil como um todo, a pesquisa buscará analisar quantitativamente a dimensão estatística da experiência da APAC Juvenil e seus resultados.

2. APACs pelo Mundo

A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC) é uma entidade civil que desenvolve um modelo de execução penal baseado em valores cristãos e em uma metodologia humanizadora do cumprimento da pena. O modelo da APAC consiste em uma proposta alternativa ao sistema prisional convencional e tem como objetivo de ressocializar o apenado e reduzir a reincidência criminal.

A metodologia apaqueana se baseia em 6 pontos principais: trabalho, estudo, espiritualidade, assistência jurídica, assistência à saúde e assistência social. Além disso, a APAC utiliza um sistema de autogestão pelos próprios recuperandos, o que significa que eles têm responsabilidade pela administração da unidade prisional em que se encontram, desde a limpeza até a organização de atividades de lazer e culturais.

O modelo APAC tem tido bons resultados na redução da reincidência criminal, e é reconhecido internacionalmente como uma alternativa mais humanizada ao sistema prisional. De acordo com Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC), além do Brasil, atualmente existem APACs, com aplicação parcial da metodologia ou em implementação, em 12 países: Alemanha, Argentina, Chile, Colômbia, Coreia do Sul, Costa Rica, Guatemala, Itália, México, Paraguai, Peru e Portugal.

Graças ao apoio da Confraternidade Carcerária Internacional (CCI), também conhecida como Prison Fellowship Internacional (PFI), que é o maior organismo internacional de trabalho carcerário e consultor da Organização das Nações Unidas (ONU) nesse tema, a metodologia tem expandido, em geral, por meio das Confraternidades Carcerárias afiliadas. Para fins didáticos, os países foram divididos em diferentes grupos, sendo que em algumas ocasiões um país pode estar em mais de uma categoria:

a) Em implementação: se trata das APACs que, todavia, não tem um espaço físico próprio onde se desenvolvem as atividades. Algumas estão constituídas juridicamente e outras estão organizadas em diferentes grupos de trabalho. Geralmente, o trabalho é da

pastoral carcerária dos países e se constitui em visitas a estabelecimentos penais para a aplicação de um ou alguns elementos do método. Em algumas situações, os esforços de concentram na mobilização da comunidade e do Poder Público para a construção de uma APAC ou a sua adaptação em um centro penal, pavilhão ou prédio cedido para começar a aplicação do método. Na Argentina, Colômbia, Guatemala, Peru, Portugal e Uruguai existem grupos que seguem esse caminho.

b) Comunidades de Restauração: se trata de organizações que tem o Método APAC como um dos programas desenvolvidos em seu campo de trabalho. Como exemplo, podemos citar a Comunidade Papa Juan XXIII, na Itália, que trabalha com diversos segmentos da sociedade, um deles, a população privada de liberdade. A eles é proposto a metodologia apaqueana como uma terapêutica penal. Na Coreia do Sul, existe a prisão Somang que administra a única prisão privada do país. Em 2015, conheceram a metodologia APAC, e desde então, leva seus funcionários até às APACs do Brasil para que conheçam e experimentem a metodologia para que saiam capacitados pela FBAC a fim de aplicar o método em sua unidade penal.

c) Prisões baseadas na metodologia APAC: são estabelecimentos penais ou programas que tem tratamento penitenciário próprio, porém, sua raiz é o Método APAC. Na Alemanha tem uma organização denominada Seehaus que trabalha com jovens infratores em dois prédios próprios independentes do sistema penitenciário. Por meio dessa organização se está criando um movimento chamado ECOR APAC para a expansão da metodologia a outros países europeus.

d) Em pavilhões de prisões: nesses casos são estabelecidas parcerias com prisões para a aplicação parcial da metodologia em estabelecimentos penais comum. Como exemplo, podemos citar o Chile, com mais de 50 pavilhões, e o México, com uma unidade para jovens infratoras.

e) Em espaço independente (dentro ou fora de um complexo penitenciário): são espaços cedidos pela administração penitenciária para a instalação de uma APAC. Se destacam por sua independência estrutural da prisão convencional, embora sejam, geralmente, dependentes de recursos humanos, financeiro e apoio material do sistema comum. Neste grupo encontramos a Costa Rica como exemplo.

3. Centro Educacional Dr. Mário Ottoboni (APAC Juvenil – Brasil)

A Associação de Proteção aos Condenados (APAC) Juvenil Centro Educacional Doutor Mário Ottoboni possui a capacidade de atender 60 jovens do gênero masculino em

conflito com a lei e recebeu um investimento de R\$2,5 milhões do Governo do Estado de Minas Gerais, via Secretaria de Estado de Justiça (SEJUSP), para custeio dos primeiros 12 meses de funcionamento, cuja obra foi executada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas (TJMG), por meio de verbas pecuniárias.

A APAC Juvenil inaugurada em Frutal (Mimas Gerais) no ano de 2021 foi apresentada como uma experiência pioneira e inédita de como o Estado brasileiro lida com adolescentes e jovens em conflito com a lei. É preciso verificar empiricamente através dessa pesquisa quais ganhos humanos, sociais, jurídicos e institucionais a APAC Juvenil trará, porque desde já é possível afirmar que estamos diante de um avanço na diminuição de superlotação de unidades socioeducativas do Triângulo, de um modelo de execução penal apaqueano com grandes potencialidades e dentro de uma filosofia que avança no estado da arte teórica de leis e tratados.

Possuindo 4 mil metros quadrados de área total, são 1.206 metros quadrados de construção que abrigam a área administrativa e para os internos que estão nos regimes de semiliberdade, internação provisória e internação. A área administrativa é composta por salas de apoio, de atendimento odontológico, psicológico e de assistência social, além de cozinha, dispensa varandas e banheiros acessíveis. Há uma área de jardinagem com mil metros quadrados e uma quadra de areia que caracterizam um espaço lúdico.

A família é um dos elementos da metodologia do sistema APAC e que em sua modalidade juvenil visa que os jovens cumpram suas penas próximo aos familiares. Com a participação da comunidade local, está apta a desenvolver método único de valorização humana para oferecer aos adolescentes em conflito com a lei melhores condições de ressocialização, tratamento prioritário e digno, bem como promover a justiça.

Conforme dispõe a Portaria Conjunta TJMG/PGJ/DPMG/SEJUSP/FBAC nº 26/2020, “a APAC Juvenil constitui política pública destinada à inclusão do adolescente em conflito com a lei, a qual se correlaciona com diferentes campos das políticas públicas e sociais, contando com a participação da comunidade e a presença da família”, sem prejuízo da profissionalização e da prática de valorização humana.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu capítulo IV, disciplina as chamadas medidas socioeducativas. No artigo 122 o legislador apresenta o elenco de medidas, sendo o rol das medidas taxativo, sendo três das dispostas em lei aplicadas na experiência apaqueana.

A medida de semiliberdade constitui a medida privativa de liberdade intermediária entre a internação e as medidas de meio aberto. Sendo esta não contemplada no Código de Menores de 1927, tendo sido prevista pela primeira vez no artigo 39 do Código de Menores

de 1979, como forma de transição para o meio aberto (LIBERATI, p. 112, 2003). A importância do regime de semiliberdade está no fato de que a reinserção social deve se dar de forma gradativa (SHECAIRA, p. 220, 2015).

Dentro do sistema de medidas socioeducativas previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a internação constitui como a mais grave das medidas, devendo estar sujeita aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 121, caput, ECA). Por ser a mais grave intervenção no destino dos adolescentes infratores, a privação de liberdade deve ser pautada pelos cuidados que três grandes instrumentos internacionais – Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, Regras de Beijing, e Regras Mínimas da ONU para os jovens privados de liberdade – preveem: ultima ratio da intervenção, caráter excepcional e menor duração possível (SHECAIRA, p. 222, 2015).

Historicamente já se comprovou que a punição, por si só, não muda a postura transgressiva do adolescente. Ela precisa vir acompanhada de um processo socioeducativo que lhe possibilite rever seu posicionamento diante da vida e respeitar as regras de convívio social. Esse processo de internalização das normas envolve uma mudança dos valores éticos e sociais, não se fazendo pela punição (SHECAIRA, 2015, p. 222).

Segundo entendimento da desembargadora e superintendente da Coordenadoria da Infância e da Juventude (COINJ) Valéria Rodrigues Queiroz, o sistema socioeducativo hoje caminha para se tornar um sistema penitenciário juvenil em detrimento da ausência de metodologia socioeducativa. Os adolescentes permanecem encarcerados diuturnamente, são tratados como presos comuns e não se trabalha a recuperação deles. A magistrada destaca a metodologia de socioeducar da APAC. Ademais, a desembargadora aponta que o Judiciário cumpre o que está no Estatuto da Criança e do Adolescente, a ressocialização e a reinserção do jovem. Valéria frisou também que são dois os benefícios trazidos pela APAC Juvenil: ajudar a suprir a deficiência de vagas do sistema socioeducativo, que é de responsabilidade do Estado, e traz uma alternativa metodológica diferente, humanizada, focada no resgate.

Destarte, conclui-se que a implementação APAC Juvenil foi um importante método de reinserção social dos recuperandos juvenis para a sociedade frutalense. Antes disso, os adolescentes e jovens infratores eram deslocados para cumprir medida socioeducativa no Centro Socioeducativo de Uberaba (CSEUR) e sabe-se, portanto, que o contato com os familiares é fundamental para que os objetivos da internação sejam alcançados.

4. Centro Juvenil de Zinacantepec (APAC Juvenil Feminina – México)

Após o processo de implementação da primeira APAC Juvenil no município de Frutal (MG) do Brasil, o México buscou referência através de uma comitiva que visitou onde funciona de forma inédita três modelos de APAC (Masculina, Feminina e Juvenil), para o recebimento da segunda APAC Juvenil do mundo no município de Zinacantepec, a cerca de 100 km da Cidade do México. Essa visita foi a primeira atividade do projeto de cooperação internacional firmado entre Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC), a Associação de Voluntários para o Serviço Internacional (AVSI) do México, AVSI do Brasil e União Europeia que começou em janeiro de 2022 com a duração de 1 ano.

Visando desenvolver um cenário socioeducativo restaurador e justo no México por meio da metodologia APAC, em abril de 2022 foi finalizada uma missão da equipe brasileira ao México para avançar com o Projeto de Transferência de Metodologia APAC no sistema socioeducativo. Tratando-se, portanto, de um projeto de cooperação internacional para garantias de direitos humanos.

A APAC contida no Centro de Internamento para Adolescentes Quinta del Bosque, em Zinacantepec, no México, é a primeira instituição socioeducativa voltada para mulheres no mundo. Por ser um projeto pioneiro e inovador, o envolvimento da Fundação AVSI representa o reforço de seu compromisso em apoiar a transferência metodológica por meio da cooperação internacional.

Segundo palavras de Laura Cano, diretora da Confraternidade Carcerária do México e presidente da APAC de Zinacantepec, o aprendizado e troca de experiências tem sido emocionante, sendo fator providencial da concretização de um sonho de mais de 10 anos. Para o ex-diretor da FBAC (Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados), órgão que assessora e organiza as APACs no Brasil, o maior desafio desse processo será entender a legislação mexicana e atender esse novo público. Mais do que realizar formações e reuniões, a missão foi fundamental para realizar um mapeamento completo da estrutura jurídica e legislativa do sistema socioeducativo do México, que permitirá a aplicação efetiva do método no contexto local.

5. Semelhanças e Singularidades Legislativas da Justiça Juvenil e dos Sistemas Socioeducativos do Brasil e do México

No ano de 2006, o México passou por um processo de reforma constitucional que trouxe uma série de mudanças em vários aspectos da legislação nacional. Pela primeira vez se reconhecem direitos das crianças e dos adolescentes, de forma muito similar às garantias

do ECA brasileiro. Algumas distinções vêm de outras convenções e tratados internacionais para a prevenção da violência contra crianças e adolescentes, mulheres e outras minorias.

A partir dessa reforma constitucional, no âmbito da justiça juvenil, cada estado iniciou a formulação de uma lei e a implementação de um sistema próprio para atendimento ao público infanto-juvenil em conflito com a lei. A esse respeito, há muita semelhança com o sistema implementado no Brasil: privação de liberdade, semiliberdade e medidas alternativas, que podem ser pagamentos ou serviços à comunidade, acordos estabelecendo algum tipo de compensação às vítimas pelos responsáveis.

Analisando a construção dos direitos sociais da juventude no México, percebe-se que, historicamente, as infrações legais cometidas por menores de idade eram tratadas por meio do sistema tutelar, em que o adolescente ou o jovem ficava sob a guarda do estado, em internação forçada, de forma muito semelhante à pena de prisão.

No entanto, a autonomia dos estados para implementar seus sistemas de atendimento levou a situações díspares no país. Se na Cidade do México um jovem não ficaria mais de 8 anos em privação de liberdade, por exemplo, em outro estado poderia ser estabelecido até 18 anos de internação, o que significava um retrocesso em relação aos direitos dos jovens.

Esse quadro levou à necessidade de uma nova reforma constitucional, em 2015, que estabeleceu normas comuns para todos os estados sobre idade penal juvenil, tipos de infração e medidas de prevenção e atendimento. Com a nova lei, a internação não pode passar de 8 anos. Já a idade para internação, que antes, na maioria dos estados, era de 11 anos, passa a 14. Hoje há uma discussão para baixar a idade para 13 anos, mas isso requer outra reforma constitucional.

No Brasil, o ECA considera criança a pessoa até 12 anos incompletos, e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade. A medida de internação só pode ser aplicada a adolescentes que: cometerem ato infracional mediante grave ameaça ou violência a pessoa; reincidirem em outras infrações graves; e descumprirem sem justificativa e de forma reiterada medida imposta anteriormente. Além disso, o Estatuto estabelece 3 anos como período máximo de internação.

A violência relacionada a adolescentes e jovens no México está num crescente. No ano de 2018, por exemplo, chegou-se a quase 32 mil homicídios, dos quais pouco menos da metade são de menores de 30 anos, e destes cerca de 30% são de adolescentes e jovens de 14 a 18 anos. Entre as vítimas, a maioria é do sexo masculino, mas há também meninas e mulheres. Aqui se agrega o problema do feminicídio, que cresceu muito nos últimos anos.

Também tem aumentado entre adolescentes e jovens a participação em organizações criminosas. O envolvimento com crime organizado é considerado um agravante de delito, nesse caso a medida deve ser cumprida obrigatoriamente em privação de liberdade e pelo menos $\frac{3}{4}$ do tratamento será em regime de internação. Antes da reforma constitucional, o porte e o tráfico de drogas também eram considerados agravantes, o que era um problema, porque a maioria era detida por essa questão. Isso mudou um pouco e hoje nem todos os jovens detidos por envolvimento com drogas são necessariamente internados.

Outro agravante é o porte de arma de fogo, o que tem níveis de gravidade: se um menino é detido por uso de arma de alto calibre ou metralhadora, terá de cumprir medida de internação. Nesse ponto, há um contrassenso na legislação mexicana: se um maior de idade é detido por porte de arma de fogo, pode responder o processo em liberdade; já um adolescente terá de responder em internação forçada.

Com a legislação de 2015, o sistema procura definir mais claramente a forma de tratamento dos adolescentes em conflito com a lei e considerar as particularidades de cada caso. Antes a principal medida era a internação, pois se entendia que os jovens em conflito com a lei deveriam ficar sob a tutela do Estado. Hoje há mais espaço para as medidas de liberdade assistida, porém, ainda não se construiu um sistema de atendimento socioeducativo. Com a reforma constitucional, abriu-se essa oportunidade e há muitas experiências com a sociedade civil, parcerias entre instituições socioeducativas e governos que desenvolvem programas pedagógicos para tratamento em liberdade.

No Brasil, a Lei nº 12.594/2012, que institui o SINASE, teve como intuito regulamentar a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescentes e jovens selecionados (as) e responsabilizados (as) pelo Sistema de Justiça em razão da suposta prática de ato infracional. Estabelecer os planos, políticas, competências e programas é um grande avanço na legislação, no entanto, não há garantia de seu cumprimento na prática em virtude de escolhas políticas que prezam pela manutenção da criminalização de adolescentes e jovens, do racismo, da violência e das desigualdades.

Entende-se por SINASE, de acordo com o primeiro artigo da legislação, o conjunto ordenado de regras, princípios e critérios que envolvem as medidas socioeducativas, que define competências e integra os sistemas estaduais, distritais, municipais, bem como todos os planos, políticas setoriais (assistência social, saúde, educação, cultura) e programas específicos de atendimento a adolescentes e jovens a quem se atribui a prática de atos infracionais.

Essa legislação abriu portas para programas e políticas públicas, definiu competências e consolidou princípios e critérios para o atendimento das adolescências e juventudes em cumprimento de medida socioeducativa. Além disso, o SINASE também estabeleceu a necessidade de realização de um Levantamento Anual de Dados sobre socioeducação no Brasil que permitisse a qualificação do atendimento e a formulação de políticas públicas.

Acontece que embora conste no sítio do Governo Federal que o último levantamento oficial ocorreu em 2020, ele não segue as mesmas bases metodológicas dos anos anteriores, o que gera uma incongruência nas informações disponibilizadas. Dessa forma, o último levantamento consistente foi lançado em 2019, trazendo em seu corpo dados de 2017. Nos anos de 2021 e 2022 não houve publicação de qualquer dado sobre a socioeducação. Como pensar em políticas públicas sem dados atuais que demonstrem, por exemplo, qual o perfil de adolescentes e jovens que estão inseridos nas medidas socioeducativas?

Esse apagamento causado pela ausência de dados fragiliza não só o sistema de informação, mas toda a política pública voltada para o sistema socioeducativo e para adolescentes e jovens que estão em privação e restrição da liberdade e em cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto.

A existência da legislação é necessária, mas sua implementação é urgente, sobretudo quando o último levantamento aponta para o encarceramento massivo de jovens, negros e da periferia.

É necessário lembrar que a legislação prevê que as medidas socioeducativas devem possuir caráter pedagógico, além de garantir os direitos individuais e a integração social da juventude inserida na socioeducação. A socioeducação não pode e nem deve ser sinônimo de mais violência, mas sim como um instrumento de luta contra todas as opressões que permeiam a vida dos adolescentes do Brasil, sobretudo daqueles que tiveram direitos negados ao longo de toda a sua trajetória.

Na Cidade do México, há programas com resultados relativamente bons. Um deles incluía tratamento socioeducativo e psicológico para os adolescentes, combinado ao atendimento das famílias, com o objetivo de reaproximar o jovem de seu entorno familiar, vinculando-os de uma nova forma. Outro exemplo de destaque foi implementado no estado de Yucatán. Tratava-se de um sistema de semiliberdade, em que o adolescente poderia passar o dia todo em atividades na comunidade e apenas tinha de estar na instituição na hora de dormir.

Outras experiências apresentavam programas muito bons, mas não mostraram resultados efetivos. O problema é que faltou uma avaliação desses resultados. É importante, por exemplo, promover entrevistas com os jovens e suas famílias para uma avaliação sobre o programa: como o veem, que influências teve sobre suas vidas. Isso deve ser realizado não apenas durante o período em que estão envolvidos nele, mas também depois.

O México não tem um programa para acompanhar o período seguinte ao tratamento. Seria importante acompanhar um grupo de jovens para verificar que rumo deram a suas vidas. Isso ajudaria a perceber a efetividade dos sistemas socioeducativos e orientar seus programas.

No México, não há a predominância de um perfil étnico-racial, mas sim socioeconômico. A maioria dos jovens reclusos pertence a bairros populares, periféricos, considerados violentos. Quase todos são detidos em operações policiais em flagrante, roubando, destruindo bens públicos ou em brigas entre grupos. Há uma pequena parcela detida após uma investigação. Outra proporção ínfima diz respeito a meninos detidos em enfrentamento com militares ou policiais federais por participar de grupos de crime organizado (narcotráfico, tráfico de armas, de pessoas). Vários desses jovens são recrutados forçadamente por parentes que integram esses grupos e passam por processos de socialização muito violentos.

Um aspecto que salta aos olhos é o abandono familiar sofrido pela maioria, por motivos diversos. Muitas vezes o pai não é presente, ou se trata de uma família monoparental, ou o adolescente foge por conflitos dentro de casa, ou os familiares também cometeram delitos.

Antes da reforma, havia centros de tratamento para meninas vinculados a um órgão chamado de Direção para a Família, que, em geral, era subordinada à primeira-dama da República. Esses centros, de caráter tutelar, tinham o objetivo claro de ensinar as meninas internas a executarem trabalhos domésticos, como cozinhar, costurar, limpar, ou seja, elas eram treinadas para ser empregadas domésticas. Ainda há centros tutelares, e o desafio é como transformá-los em um centro socioeducativo, em que elas têm garantias, direito de estudar e se preparar para ser reintegradas à sociedade.

6. Considerações Finais

É certo que nem todas as práticas restaurativas se ajustam perfeitamente aos valores da Justiça Restaurativa: quer dizer, por visões mais puristas, a Justiça Restaurativa somente se efetivaria quando houvesse respostas igualitárias para as necessidades da comunidade e de todos os envolvidos no delito; por outro lado, há visões mais maximalistas que entendem

que qualquer ação que se oriente à reparação dos danos de um delito poderia ser considerada uma prática restaurativa.

De todo modo, o que é central para a Justiça Restaurativa é a substituição da retribuição no processo penal pela importância da reparação e da conciliação entre as partes. Os resultados variam de acordo com o contexto, com as práticas utilizadas e, obviamente, com a disposição dos envolvidos, mas há estudos que indicam que os resultados são favoráveis, implicando maior satisfação das vítimas, maior facilidade de reparação de danos e menores índices de reincidência.

Entretanto, a Justiça Restaurativa não está livre de críticas: o abandono da forma processual pode ser preocupante, já que pode suspender direitos e garantias próprios da justiça tradicional. Além disso, há muitas vezes expectativas pouco realista dos resultados e das mudanças que a Justiça Restaurativa pode efetivamente promover, sobretudo se não houver uma avaliação séria sobre como operam as variáveis de poder nos casos que dizem respeito a minorias políticas ou grupos marginalizados.

A experiência do modelo de execução penal APAC Juvenil transita no sentido de tratar crianças e adolescentes como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. Se o direito penal encarcera pessoas em estabelecimentos com condições que não são humanamente adequadas, em situações de superlotação, com penas a perder de vistas focadas na retribuição do que na própria emancipação do sujeito, pode-se compreender a experiência da Associação de Proteção e Assistência ao Condenado (APAC) Juvenil Centro Educacional Doutor Mário Otoboni como um sistema de responsabilização para este público infanto-juvenil menos cruel, menos degradante e menos irracional. Por sua vez, mais protetivo e garantidor de um tratamento menos gravoso do que o adulto, ausente de superlotação carcerária, de permanência em “chiqueirinho” em viatura, da ausência de situação de permanência de promiscuidade junto com adultos em mesma cela.

Além da experiência pioneira e inédita da APAC Juvenil no município de Frutal, o Governo de Minas Gerais, por meio da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública (SEJUSP) inaugurou no mês de novembro de 2021 três casas de semiliberdade nas cidades de Uberlândia, Uberaba e Patrocínio e um centro socioeducativo de internação em Tupaciguara para receber adolescentes em conflito com a lei, todas elas na região do Triângulo Mineiro. Este marco na expansão do Sistema Socioeducativo resultou numa ampliação do atendimento adequado visando a responsabilização de adolescentes autores de atos infracionais.

Destarte, conclui-se que é preciso pensar em um sistema de justiça baseado na reparação e na reconciliação em vez de punição e retaliação. As escolas devem ser encaradas como alternativas poderosas em relação a cadeias e prisões.

Diante do delito, deve-se responder não com a negatividade de um sistema de justiça baseado na exclusão punitiva, mas sim com um sistema de inclusão reflexivo e participativo, baseado na remediação, nas políticas sociais, na reciprocidade e na solidariedade, considerando-se as falências fundamentais da justiça penal.

O método de execução apaqueano e, por conseguinte, a APAC Juvenil reforçam a mudança da realidade do sistema carcerário brasileiro, visando melhorar suas condições. Nada obstante, reduzir a superlotação não basta, pois é preciso pensar em novas formas de resolução de conflitos. O esgotamento do modelo prisional também é refletido neste sistema prisional e, mesmo com a humanização da pena, há diversas dificuldades e deficiências evidenciadas em seu método.

Referências

- ALVARES, Marco César. A Emergência do Código de Menores de 1927: uma análise do discurso jurídico e institucional da assistência e proteção aos menores. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, USP, 1989.
- BRASIL. Código Penal – 1890.
- _____. Código de Menores – 1927.
- DUARTE, Karina. Justiça Restaurativa e sua Aplicação no Brasil. Monografia – Universidade de Brasília, UnB, 2007.
- LIBERATTI, Wilson Donizeti. Comentários ao estatuto da criança e do adolescente. São Paulo: Malheiros, 2003.
- OLIVEIRA e FERREIRA, Eduardo Henrique Alves de e Valdeci Antônio. Manual de aplicabilidad del Método APAC em América Latina / Eduardo Henrique Alves de Oliveira e Valdeci Antônio Ferreira. – 1. Ed. – Itaúna, MG: FBAC, 2022.
- PASSETI, Edson. Política nacional do bem-estar do menor. Dissertação (Mestrado) – Pontífica Universidade Católica, PUC, São Paulo, 1982.
- RIZZINI, Irene e Irma. A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente – Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil. 2º Edição, Revista dos Tribunais, 2014.
- SILVA, Fernando Laércio Alves da. Método APAC: modelo de justiça restaurativa aplicada à pena privativa de liberdade. 2007. 178 f. Mestrado em Direito – Centro Universitário Fluminense, Campos dos Goytacazes/RJ.

A Economia Circular como Paradigma de Incentivo ao Trabalho Digno e ao Meio Ambiente Equilibrado na Cidade de Quinze Minutos

The Circular Economy as a Paradigm for Encouraging Decent Work and a Balanced Environment in the Fifteen-Minute City

Luciana Faria de Carvalho¹

Ricardo Pinha Alonso²

Sumário: 1. O direito ao trabalho digno e à cidade sustentável. 2. A importância da economia circular no conceito da cidade de quinze minutos; 3. A economia circular como paradigma de incentivo ao trabalho digno e ao meio ambiente urbano equilibrado; Considerações Finais. Referências.

Resumo: o tema proposto despertou interesse em virtude da necessidade de mudança de paradigma para a economia circular nas cidades, considerando que a economia linear não se traduz num modelo sustentável na contemporaneidade. O desperdício de matérias-primas que podem ser reaproveitadas na cadeia de produção precisa ser questionado, de forma a trazer mudanças de hábitos na economia da cidade, que tenham o condão de gerar riquezas e empregabilidade, de forma sustentável. Dessa maneira, o presente estudo tem o objetivo de discutir as práticas recentes de incentivo ao trabalho digno, de mãos dadas com o equilíbrio ao meio ambiente na cidade de quinze minutos. Para tanto, empregou-se o método dedutivo como técnica de abordagem e a pesquisa bibliográfica como técnica de investigação. Após as apreciações, verificou-se que a prática da economia circular, por meio da parceria entre empresas e do trabalho do coletor de resíduos, poderá trazer trabalho digno e sustentabilidade ao ambiente urbano.

Palavras-chave: Economia Circular; direito ao trabalho; sustentabilidade; cidade de 15 minutos.

Abstract: the proposed theme aroused interest, due to the need to change the paradigm for the circular economy in cities, considering that the linear economy does not translate into a sustainable model in contemporary times. The waste of raw materials that can be reused in the production chain needs to be questioned, in order to bring about changes in habits in the city's economy, which have the power to generate wealth and employability in a sustainable way. In this way, the present study aims to discuss recent practices to encourage dignified work, hand in hand with the balance of the environment in the city of fifteen minutes. For this purpose, the dialectical method was used as an approach technique and bibliographical research as an investigation technique. After the assessments, it was verified that the practice of circular economy, through the partnership between companies and the work of the waste collector, can bring dignified work and sustainability to the urban environment.

Keywords: Circular Economy; right to work; sustainability; 15 minutes' city.

¹ Mestre em Direito e Doutoranda pela Universidade de Marília-SP. Especialista em Direito Processual Civil, pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), e em Direito Processual Penal, pela Universidade Gama Filho (UGF). Analista Judiciária do TJMT. E-mail: luciana.carvalho@tjmt.jus. <https://orcid.org/0000-0002-0934-4710>.

² Professor Doutor em Direito do Estado pela PUC de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade de Marília. Professor titular no PPGD em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade de Marília. Procurador do Estado de São Paulo. E-mail: ripial1@gmail.com.

1. O Direito ao Trabalho Digno e à Cidade Sustentável.

O direito ao trabalho está garantido no artigo 6º como direito social e também reconhecido no artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil, quando estatui que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.³

De igual modo, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está previsto na Constituição Federal, em seu artigo 225, que o considera bem de uso comum do povo, e essencial para uma sadia qualidade de vida do cidadão.

Nesse sentido, há diversas concepções sobre o meio ambiente trazidas pelo texto supremo. No entanto, o presente estudo está focado no meio ambiente artificial urbano, representado pelas cidades inteligentes ou *Smart Cities*, no projeto conhecido como cidade de quinze minutos.

A cidade de quinze minutos, também denominada cidade de 1/4 de hora, surge como um novo modelo urbanístico de cidade inteligente capaz de oferecer melhor qualidade de vida aos cidadãos, em face de sua nova organização dos espaços urbanos para melhor atender às necessidades de acesso aos serviços fundamentais, afastando, assim, problemas de mobilidade urbana⁴. Uma de suas premissas é a facilitação de acesso a serviços fundamentais como moradia, trabalho, abastecimento, saúde, educação, cultura e lazer.

Sabe-se que as cidades crescem na contemporaneidade de forma desordenada, ao arrepio das leis urbanísticas, e ainda proporcionam uma distância entre as pessoas, trazendo cada vez mais a necessidade de deslocamentos em tempo superior ao necessário tanto para o trabalho, quanto para atividades corriqueiras, o que implica diretamente na qualidade de vida das pessoas e no direito ao ambiente ecologicamente equilibrado.

Além disso, é sabido que no período pós-pandêmico houve aumento na taxa de desemprego, nos preços de combustível, dos alimentos e de tantos outros produtos, sendo necessária uma reformulação das políticas públicas e de uma economia voltada para uma maior geração de empregos e diminuição dos custos aos cidadãos. Dados da Comissão Europeia retratam que o trabalho digno ainda não é uma realidade para muitas pessoas em todo mundo⁵. Nesse sentido, a União Europeia promove o trabalho digno em todos os

³ [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2023].

⁴ ANCONA, Laura. *Paris ville du quart d'heure, ou le pari de la proximité*. 2021. Disponível em: <https://www.paris.fr/dossiers/paris-ville-du-quart-d-heure-ou-le-pari-de-la-proximite-37>. Acesso em 29.mai.2023.

⁵ COMISSÃO EUROPEIA. Comissão define estratégia para promover trabalho digno em todo o mundo e prepara instrumentos para proibir produtos do trabalho forçado. 2022. Disponível em: https://portugal.representation.ec.europa.eu/news/comissao-define-estrategia-para-promover-trabalho-digno-em-todo-o-mundo-e-prepara-instrumentos-para-2022-02-23_pt. Acesso em 20.ago. 2023.

setores e domínios de intervenção, especialmente no que se refere à inclusão e sustentabilidade.

As práticas sustentáveis, muitas vezes tendem a fazer mais com menos, porém, as meras práticas circulares não chegam a mudar a base de produção e consumo. Nesse sentido, é preciso que se desconstrua a ideia de sustentabilidade no modelo econômico linear.

Isso porque, o modelo atual de economia linear, mesmo que tenha eficiência no uso dos recursos financeiros, materiais, energéticos e do trabalho, ainda existe nesse sistema todo tipo de desperdício. Por isso é necessária a mudança do modelo operacional de economia, em face do cumprimento da Agenda 2030 e seus objetivos⁶.

A pesquisa se refere ao trabalho do coletor de resíduos que por meio da economia circular poderá ter mais dignidade e até mesmo melhor remuneração, por meio da contratação de seu ofício por empresas que praticam a economia circular.

Nessa seara, tem-se a possibilidade de contribuição para a erradicação da pobreza como recomenda o ODS 1, por meio do trabalho dos coletores de resíduo. Por consequência, cumpre-se também o ODS 2, que traz a necessidade de atingir o patamar “fome zero”, já que muitos catadores de resíduos são vistos em lixões, muitas vezes, reaproveitando comida para matar a própria fome;

De igual forma, cumpre-se o ODS 8, que enfatiza o trabalho decente que pode ser entregue aos coletores, ressalta o crescimento econômico sem impacto ambiental, o que pode ser verificado com o novo modelo circular. Há, ainda, a promoção de uma industrialização sustentável (ODS 09), por meio da reutilização dos resíduos e pela utilização de um *design* sustentável dos produtos com a economia circular;

O ODS 11 traz a necessidade de tornar as cidades inclusivas e sustentáveis, o que pode ser verificado pelo oferecimento de trabalho na economia circular, e pelo modelo da cidade de 15 minutos, com a redução de carbono na atmosfera, em face da proximidade dos locais de trabalho e do lar, reduzindo a mobilidade pelo uso de bicicletas ou pela caminhada a pé. Dessa maneira, também pode ser implantado o padrão de produção e consumo sustentáveis (ODS 12), com o reaproveitamento em toda cadeia de produção.

Por fim, o ODS 17, que trata da necessidade de parcerias para o desenvolvimento sustentável também pode ser cumprido, por meio da união entre cidadãos, empresas e órgãos públicos para esse desafio, com o oferecimento e prestação do trabalho de coleta. Nesse

⁶UFMG. Consumo e produção responsáveis. 2023. Disponível em: <https://www.ufmg.br/espaco-doconhecimento/consumo-e-producao-responsaveis/>. Acesso em 18.ago.2023.

sentido, é importante conhecer a respeito da economia circular e como ela se enquadra no conceito da cidade de quinze minutos.

2. A Economia Circular no Conceito da Cidade de Quinze Minutos

Segundo o pesquisador franco-colombiano Carlos Moreno, é necessário que as cidades sejam projetadas dentro de um novo contexto, e no caso da América Latina, é preciso desenvolver novos paradigmas urbanísticos, considerando a descentralização territorial urbana, de modo a não investir capital, sem necessidade, em grandes projetos, mas de estudar o território urbano, e verificar o que falta, oferecendo serviços de qualidade, descentralizando a economia, sem que haja perda de produtividade e da capacidade do desenvolvimento econômico⁷.

Nesse aspecto, torna-se interessante a avaliação da possibilidade de aplicação do projeto “a cidade de quinze minutos” no Brasil, aliada à prática da economia circular, como ponto fundamental à possibilidade de oferta de mais empregos à população, garantindo-se, assim, o direito ao trabalho digno. É certo que as cidades são os principais motores de crescimento econômico, podendo impulsionar a pauta da economia circular e nesse aspecto, trazer benefícios não apenas econômicos, mas sociais e ambientais⁸.

Nesse parâmetro, a economia circular na cidade de quinze minutos se apresenta como um novo modelo em substituição à economia linear, proporcionando o desenvolvimento da economia do bairro⁹, com a possibilidade de manejo no trato dos resíduos sólidos e líquidos, numa melhor gestão de produtos recicláveis, por meio de oferecimento de cursos aos trabalhadores locais, garantindo-se, assim, o direito fundamental ao trabalho para uma grande parcela da população.

É sabido que enquanto a visão da economia circular se projeta para o reaproveitamento, desde a origem, dos recursos que são descartados no meio ambiente, com um espectro eficiente, alto nível de valor e utilidade, a economia linear tem seu foco voltado

⁷ MENGUE, Priscila. Não precisamos construir mais, precisamos viver de outra maneira, defende professor da Sorbone. 2020. Disponível em: <https://sustentabilidade.estadao.com.br/noticias/geral,nao-precisamos-construir-mais-precisamos-viver-de-outra-maneira-defende-professor-da-sorbonne,70003414182>. Acesso em 28.jul.2023.

⁸ ELLEN MACARTHUR FOUNDATION – EMF. A economia circular nas cidades: pacote de recursos. 2019. Disponível em: <https://ellenmacarthurfoundation.org/pt/a-economia-circular-nas-cidades>. Acesso em 15.ago.2023.

⁹ MENGUE, Priscila. Não precisamos construir mais, precisamos viver de outra maneira, defende professor da Sorbone. 2020. Disponível em: <https://sustentabilidade.estadao.com.br/noticias/geral,nao-precisamos-construir-mais-precisamos-viver-de-outra-maneira-defende-professor-da-sorbonne,70003414182>. Acesso em 28.jul.2023.

para o descarte desses recursos como ponta final do ciclo produtivo, sem gestão de resíduos e sem reaproveitamento.

Verifica-se, na economia circular, a alta preservação dos produtos, materiais e recursos pelo maior tempo possível, com descarte mínimo de resíduos, proporcionando aos cidadãos produtos com vida longa e de fácil reparação e reutilização, divergindo do ciclo da economia linear que se traduz em “extrair-fabricar-descartar”¹⁰.

Ressalte-se, nesse ponto, a necessidade de mudança de paradigma da economia linear para a economia circular nas cidades, considerando que a economia linear não se traduz num modelo sustentável para as gerações presentes e futuras, utilizando-se dos recursos naturais desordenadamente, sem planejamento, sem reutilização de embalagens descartadas. Já o modelo de economia circular traz desde a sua origem a logística do reaproveitamento¹¹.

Dessa forma, a economia circular consiste em um modelo futuro que contrasta com o modelo linear de economia, pois este padrão vem sendo questionado em razão da limitação dos recursos naturais e dos limites planetários. A economia circular se apresenta como fonte de inovação dos processos e modelos de negócio, que vai permitir a redução da procura de recursos da natureza, com a possibilidade de recuperação do que seria desperdiçado, como materiais recicláveis e resíduos sólidos.¹²

A partir desses novos processos e modelos de negócio, caracterizados pelo reaproveitamento dos materiais descartados, há a possibilidade de novos arranjos produtivos locais, para fins de oferecer emprego às pessoas, considerando ainda a proximidade do local de trabalho, conforme delineado no projeto da cidade de quinze minutos.

Sabe-se que a economia de mercado e seu modelo de desenvolvimento estão intimamente relacionados com a crise ambiental¹³, com um modelo de consumo que faz apropriação dos recursos da natureza como uma inexaurível fonte de energia e matéria-prima¹⁴.

Melhor seria se não houvesse apropriação dos recursos naturais, com o intuito econômico, considerando, principalmente, a doutrina que defende que a natureza é sujeito

¹⁰ TRIBUNAL DE CONTAS EUROPEU. Relatório Especial Economia Circular. Transição lenta nos Estados-membros apesar da ação da UE. 2023. Disponível em: https://www.eca.europa.eu/ECAPublications/SR-2023-17/SR-2023-17_PT.pdf. Acesso em 27.07.2023

¹¹ DE ASSUNÇÃO, Gardênia Mendes. A gestão ambiental rumo à economia circular: como o Brasil se apresenta nessa discussão. *Sistemas & Gestão*, v. 14, n. 2, p. 223-231, 2019, p. 224

¹² LEITÃO, Alexandra. Economia circular: uma nova filosofia de gestão para o séc. XXI. *Portuguese Journal of Finance, Management and Accounting*, v. 1, n. 2, p. 150-171, 2015.

¹³ GALBRAITH, John Kenneth. A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo; tradução Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

¹⁴ KALIL, Ana Paula Maciel Costa. A ecoeficiência na Lei 12.305/2010 como expressão da tese do decrescimento econômico. 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0c0bf917c7942b5a>. Acesso em 28.mai.2024.

de direitos, para que se mantenha íntegra e equilibrada¹⁵. No entanto, enquanto isso ainda não acontece, é necessária uma nova forma de se apropriar dos escassos recursos, com o auxílio da economia circular, de modo a diminuir a degradação ambiental e, concomitantemente, proporcionar o direito ao trabalho à população carente.

Dessa maneira se cumpre o que determina o artigo 170 da Constituição Federal brasileira, ao tratar da ordem econômica, que deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo como um dos princípios básicos a defesa do meio ambiente.

Nesse sentido, a economia circular vem em substituição à economia linear, que tem trazido externalidades ao meio ambiente, por ser um sistema baseado no consumo desenfreado e não no uso restaurativo dos recursos, levando a perdas significativas na cadeia de produtos e serviços utilizados pelas empresas na sua linha de produção.

Deve-se lembrar, porém, que a economia circular não se confunde com práticas circulares de algumas empresas e órgãos públicos, pois tais práticas se concentram apenas na reciclagem da etapa final de produtos na escala de produção. É necessário que o produto seja pensado desde o início de sua concepção como sendo regenerativo, reaproveitável e não descartado no meio ambiente¹⁶. Para tanto, a reciclagem é o início desse importante processo de mudança para a economia circular.

Nesse aspecto, percebe-se que é preciso mudar a cultura do desperdício, já que o Brasil, um dos maiores países do mundo, gerando, dessa forma, grande quantidade de lixo, apenas recicla 4% dos resíduos recicláveis, e nesse percentual, 16,8% são plásticos, 10,4% são papéis e papelão, 2,7% de vidros, 2,3% de metais e 1,4% de embalagens multicamadas¹⁷.

Esse percentual de reciclagem é de 40% na Europa, com ação circular de materiais de 11,7%. No entanto, a Agência Europeia do Meio Ambiente tem o objetivo de aumentar a percentagem de materiais reciclados na sua economia até 2030¹⁸, duplicando esse percentual de ação circular, com o aumento da reciclagem e redução de entradas de novas matérias-primas em 15% e diminuição de 34% da utilização de resíduos fósseis. Dessa forma, segundo

¹⁵ ROBINSON, Nicholas. *The resilience principle*. IUCN: *Acad. Emvtl. L. e Journal*, n. 19, 2014. Disponível em: <https://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/953>. Acesso em: 16 ago. 2023.

¹⁶ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Economia circular : oportunidades e desafios para a indústria brasileira / Confederação Nacional da Indústria*. – Brasília : CNI, 2018. 64 p. : il. p. 16.

¹⁷ ABRELPE. *Panorama dos resíduos sólidos no Brasil 2022*. 2023. Disponível em <https://abrelpe.org.br/panorama/>. Acesso em 20.07.2023.

¹⁸ EURONEWS. Itália, Bélgica, Letônia: quais os países europeus que mais reciclam? 2023. Disponível em: <https://pt.euronews.com/green/2023/06/19/italia-belgica-letonia-quais-os-paises-europeus-que-mais-reciclam#:~:text=A%20taxa%20de%20reciclagem%20da%20UE%20%C3%A9%20de%20cerca%20de%2040%20%25&text=A%20taxa%20de%20reciclagem%20variou,maiores%20quantidades%20de%20res%20%C3%A9%20gerados>.

a Agência Europeia do Meio Ambiente, a prevenção de resíduos é uma das principais estratégias para alcançar a economia circular¹⁹.

No Brasil, a reciclagem de papelão e de latas de alumínio superam 70%, sendo maior que nos países da Europa, graças ao trabalho dos catadores de lixo que coletam esse material, muitas vezes, em lixões, para garantir o sustento da família. Nesse sentido, a contratação desses profissionais como trabalhadores registrados é a garantia do direito ao trabalho digno. Porém, tal direito esbarra no problema da bitributação da reciclagem no Brasil, com a cobrança de ICMS (imposto sobre circulação de mercadorias e serviços) na produção do produto, quando é vendido, e novamente quando o material pós-consumo entra na cadeia de reciclagem e volta para ser comercializado, impactando no custo da reciclagem. Dessa maneira, ela se torna mais cara do que a devolução da matéria prima. Há uma perda bilionária de recursos que não são gerados, empregos que não podem ser fornecidos, sendo este um desafio das cidades inteligentes²⁰.

3. A Economia Circular como Paradigma de Incentivo ao Trabalho Digno e ao Meio Ambiente Urbano Equilibrado

A economia circular tem a possibilidade de oferecimento de trabalho a milhares de brasileiros que já possuem experiência no recolhimento de resíduos. Nesse sentido, destaca-se o trabalhador coletor, que pode atuar dignamente na última etapa da economia circular ou na logística reversa para a recuperação de embalagens pós-consumo.

Com essa prática, é possível a observação e o cumprimento dos princípios da economia circular como a preservação e aumento do capital natural, com equilíbrio do uso dos recursos renováveis e a otimização da produção, com o máximo de utilização, e dessa forma, fomentando a eficácia do sistema e eliminando as externalidades negativas dos processos²¹.

Assim, não pode haver perdas em nenhuma das etapas de produção, pois se há perdas, há ineficiência e se há ineficiência há risco para os *stakeholders*. O que se busca é a

¹⁹ TRIBUNAL DE CONTAS EUROPEU. Relatório Especial Economia Circular. Transição lenta nos Estados-membros apesar da ação da UE. 2023. Disponível em: https://www.eca.europa.eu/ECAPublications/SR-2023-17/SR-2023-17_PT.pdf. Acesso em 27.07.2023.

²⁰AGÊNCIA BRASIL, Brasil gera cerca de 80 milhões de toneladas de resíduos por ano. 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/meio-ambiente/audio/2023-04/brasil-gera-cerca-de-80-milhoes-de-toneladas-de-residuos-por-ano>. Acesso em 01.ago.2023.

²¹ FREITAS, L.; COSTA, M. M; Costa, P. M. (2017). Créditos de logística reversa e a contribuição para a Economia Circular. Economia circular Holanda - Brasil: da teoria à prática. Cap. 15; org. Beatriz Luz; 1.ed. SENAI, Rio de Janeiro.

otimização dos recursos, considerando-se também que nenhum investidor quer investir em empresa que fornece riscos.

Partindo desse pressuposto, as empresas podem fornecer mais trabalho, ao mudar a forma de produção e logística de reaproveitamento. Isso porque há íntima relação entre produção e logística, pois, no decorrer dos tempos, à medida que a produção aumentou também houve a evolução da logística.²²

No Brasil ainda não se alcançou a logística de reaproveitamento, porém, já se verificam algumas práticas que apontam para a economia circular, sendo que o país ainda carece de regulamentação mais sólida, que realmente trace um cenário para a mudança do modelo linear para o modelo circular.

A legislação que mais se assemelha às práticas de economia Circular no país é a Lei nº 12.305/2010, já com 13 anos, que trata da Política Nacional de Resíduos Sólidos, e dos princípios da economia circular, reconhecendo em seu artigo 6º que o resíduo sólido é bem econômico de valor social, gerador de trabalho, renda, e promotor da cidadania. Ela é regulamentada pelo Decreto nº 7.404/2010.

Por meio do trabalho dos coletores, verificou-se que empresas brasileiras já realizam práticas da economia circular do final da cadeia de produção, ao contratarem catadores, que trabalhavam precariamente, sem salário e vínculo, transformando-os em coletores, ao serem inseridos no sistema circular.²³

Assim, por meio da mineração urbana e da logística reversa, unindo inovação e tecnologia *blockchain*, operada juntamente com *smart contract*, é possível a recuperação de resíduos descartados, que são rastreados em sua origem, trajeto e destino. Desse modo, matérias-primas são reinseridas no ciclo produtivo de maneira econômica, garantindo o desenvolvimento sustentável das cidades.

Nesse sentido, a empresa retira os catadores da rua e os transforma em trabalhadores coletores, criando, soluções que respeitem o direito social ao trabalho, fazendo também com que o valor real da coleta dos produtos chegue às mãos do trabalhador, ao invés de receber apenas porcentagem do que recolhia.

Como resultado, há o real recolhimento de 22% de embalagem pós-consumo que foi colocada no mercado, por meio da logística reversa e com o uso de hubs, que são

²² PEÑA, B. K.; AZEVEDO, E.; REIS, G. O.; MORI, H.; Lima, I. X.; Meleiro, M. V.; Campello, M. (2017). Logística reversa da empresa Natura Cosméticos S/A. Resende: XIV SEGeT - Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia – AEDB, Resende.

²³ GREENMINING. Logística Reversa Inteligente. 2023. Disponível em <https://greenmining.com.br/#:~:text=A%20Green%20Mining%20desenvolveu%20uma,coletado%20seja%20enviado%20para%20reciclagem.> Acesso em 30.julho.2023.

semelhantes a uma bicicleta, monitorada por piloto único, tendo uma caixa frontal, com espaço para grande quantidade de produtos coletados²⁴. Nesse aspecto, a otimização desses resultados é compatível com o modelo da cidade de 15 minutos, que enfatiza o uso da bicicleta ao invés de veículo para a coleta e reciclagem, num raio de 15 minutos, encurtando a mobilidade e evitando-se a emissão de toneladas de carbono na atmosfera.

Considerações Finais

Diante do estudo apresentado, percebe-se que a economia circular, por meio de parcerias entre empresas e trabalhadores e adoção do projeto denominado “a cidade de quinze minutos” pode contribuir para a efetivação do direito ao trabalho, diminuição das desigualdades e do impacto ambiental nas cidades.

No entanto, como já se apurou em pesquisa anterior, para implantação do projeto da cidade de quinze minutos no Brasil é necessária inicialmente a melhoria de questões sociais básicas como renda, educação e segurança²⁵. A questão da renda pode ser solucionada pela parceria entre trabalhadores e empresas no contexto da economia circular, conforme apresentado no presente estudo.

Verifica-se, por fim, a necessidade de alterar a cultura do desperdício, já que o Brasil, um país continental, ao produzir grande quantidade de lixo, recicla apenas 4% dos resíduos recicláveis. A mudança para a economia circular requer, portanto, o equilíbrio dos recursos renováveis, a otimização da produção desde o design do produto, com materiais que tenham o máximo de utilização, e ainda, que seja fomentada a eficácia do sistema circular, para eliminação das externalidades negativas dos processos produtivos.

Referências:

ABRELPE. Panorama dos resíduos sólidos no Brasil 2022. 2023. Disponível em <https://abrelpe.org.br/panorama/>. Acesso em 20.07.2023.

CARVALHO, Luciana Faria de. A cidade de quinze minutos: um novo tempo para o desenvolvimento urbano sustentável e efetivação dos direitos socioambientais no Brasil, *in* VEIGA, Fábio da Silva;

²⁴GREENMINING. Logística Reversa Inteligente. 2023. Disponível em <https://greenmining.com.br/#:~:text=A%20Green%20Mining%20desenvolveu%20uma,coletado%20seja%20enviado%20para%20reciclagem>. Acesso em 30.07.2023.

²⁵ CARVALHO, Luciana Faria de. A cidade de quinze minutos: um novo tempo para o desenvolvimento urbano sustentável e efetivação dos direitos socioambientais no Brasil, *in* VEIGA, Fábio da Silva; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; PADILHA, Norma Sueli. Governança e Inovação na Perspectiva Jurídica, Porto/Florianópolis: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Universidade Federal de Santa Catarina, 2022, p. 352-366.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Economia circular : oportunidades e desafios para a indústria brasileira / Confederação Nacional da Indústria. – Brasília : CNI, 2018. 64 p. : il. p. 16.

COMISSÃO EUROPEIA. Comissão define estratégia para promover trabalho digno em todo o mundo e prepara instrumentos para proibir produtos do trabalho forçado. 2022. Disponível em: https://portugal.representation.ec.europa.eu/news/comissao-define-estrategia-para-promover-trabalho-digno-em-todo-o-mundo-e-prepara-instrumentos-para-2022-02-23_pt. Acesso em 20.ago. 2023.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; PADILHA, Norma Sueli. Governança e Inovação na Perspectiva Jurídica, Porto/Florianópolis: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Universidade Federal de Santa Catarina, 2022, p. 352-.366

DE ASSUNÇÃO, Gardênia Mendes. A gestão ambiental rumo à economia circular: como o Brasil se apresenta nessa discussão. *Sistemas & Gestão*, v. 14, n. 2, p. 223-231, 2019, p. 224.

ELLEN MACARTHUR FOUNDATION – EMF. A economia circular nas cidades: pacote de recursos. 2019. Disponível em: <https://ellenmacarthurfoundation.org/pt/a-economia-circular-nas-cidades>. Acesso em 15.ago.2023.

FREITAS, L.; COSTA, M. M; Costa, P. M. (2017). Créditos de logística reversa e a contribuição para a Economia Circular. *Economia circular Holanda - Brasil: da teoria à prática*. Cap. 15; org. Beatriz Luz; 1.ed. SENAI, Rio de Janeiro.

GALBRAITH, John Kenneth. A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo; tradução Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GREENMINING. Logística Reversa Inteligente. 2023. Disponível em https://greenmining.com.br/#:~:text=A%20Green%20Mining%20desenvolveu%20uma,c oletado%20seja%20enviado%20para%20reciclagem_ Acesso em 30 julho.2023.

KALIL, Ana Paula Maciel Costa. A ecoeficiência na Lei 12.305/2010 como expressão da tese do decrescimento econômico. 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0c0bf917c7942b5a>. Acesso em 28.mai.2024.

LEITÃO, Alexandra. Economia circular: uma nova filosofia de gestão para o séc. XXI. *Portuguese Journal of Finance, Management and Accounting*, v. 1, n. 2, p. 150-171, 2015.

PEÑA, B. K.; AZEVEDO, E.; REIS, G. O.; MORI, H.; LIMA, I. X.; Meleiro, M. V.; Campello, M. (2017). Logística reversa da empresa Natura Cosméticos S/A. Resende: XIV SEGeT - Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia – AEDB, Resende.

ROBINSON, Nicholas. *The resilience principle*. IUCN: *Acad. Emtl. L. e Journal*, n. 19, 2014. Disponível em: <https://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/953>. Acesso em: 16 ago. 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS EUROPEU. Relatório Especial Economia Circular. Transição lenta nos Estados-membros apesar da ação da UE. 2023. Disponível em: https://www.eca.europa.eu/ECAPublications/SR-2023-17/SR-2023-17_PT.pdf . Acesso em 27.07.2023.

UFMG. Consumo e produção responsáveis. 2023. Disponível em: <https://www.ufmg.br/espacodoconhecimento/consumo-e-producao-responsaveis/>. Acesso em 18.ago.2023.

Da Inteligência Artificial à Justiça: o Papel do CHATGPT na Mitigação do Ativismo Judicial

From Artificial Intelligence to Justice: The Role of Chatgpt in Mitigation of Judicial Activism

¹Luna Stipp.

²Bruna Guesso Scarmagnan Pavelski

³Fernando de Brito Alves.

Sumário: 1. Ativismo judicial: notas introdutórias; 2. Inteligência artificial chatGPT; Considerações Finais; Referências.

Resumo: Dentre os pensamentos que permeiam o direito processual civil o positivismo jurídico é o contraponto do ativismo judicial, este por vezes é marcado por subjetivismo e muito criticado por certa parcialidade do julgador que assim o faz por entender que está concretizando os direitos. Considerando que o Direito e a hermenêutica é a baliza que pode impedir esse tipo de interpretação e que a sociedade hodierna está inserida em um contexto jurídico e social mutante onde surgem as inteligências artificiais que prometem auxiliar o humano nas suas tarefas diárias por meio do uso de processamento de dados por algoritmos que são capazes de formular hipóteses, apresentar soluções, muito próximas ao fazer e pensar humano, como o *chatGPT*, programado para estabelecer conversas racionais com os usuários a partir do processamento de um grande volume de dados, traz-se a hipótese, O “chaGPT” pode auxiliar na minimização do ativismo judicial? O objetivo do presente artigo é verificar se essa inteligência artificial ao servir como parâmetro para tomada de decisão contribui para a diminuição deste instituto e assim proporcione maior segurança jurídica aos sujeitos do sistema judiciário, para tanto utilizou-se o método hipotético dedutivo com o amparo em análise bibliográfica e concluiu-se que essa ferramenta apresenta um grande potencial de minimizar os infortúnios que o ativismo judicial pode causar quando aplicado de maneira irresponsável, isso porque pode ser programado para afastar decisões subjetivas e assim com um positivismo jurídico dialético, elaborar julgamentos racionalmente justificados.

Palavras-chave: inteligência artificial; chatgpt; inovação; direitos fundamentais.

Abstract: Among the thoughts that permeate civil procedural law, legal positivism is the counterpoint of judicial activism, which is sometimes marked by subjectivism and much criticized by a certain partiality of the judge who does so because he understands that he is realizing rights. Considering that Law and hermeneutics is the beacon that can prevent this type of interpretation and that today's society is inserted in a changing legal and social context where artificial intelligences appear. This promise to help humans in their daily tasks through the use of data processing by algorithms that are able to formulate hypotheses, present solutions, very close to human doing and thinking, such as *chatGPT*, programmed to establish rational conversations with users from the processing of a large volume of data, brings the Hypothesis, Can “chaGPT” help minimize judicial activism? The objective of this article is to verify if this artificial intelligence, when serving as a parameter for decision-

¹ Doutora em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2018-2021). Bolsista CAPES. E-mail: lunastp88@gmail.com.

² Doutoranda em Direito - Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Bolsista CAPES/PROSUP. Doutoranda em Cotutela - Universidad Pública de Navarra - UPNA. E-mail: bruna.guesso@gmail.com

³ Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino. Coordenador do Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas. E-mail: fernandobrito@uenp.edu.br

making, contributes to the reduction of this institute and thus provides greater legal certainty to the subjects of the judicial system. For that purpose, the hypothetical deductive method was used with the support in bibliographical analysis and it was concluded that this tool has a great potential to minimize the misfortunes that judicial activism can cause when applied irresponsibly, because it can be programmed to remove subjective decisions and thus, with a dialectical legal positivism, elaborate rationally justified judgments.

Keywords: artificial intelligence; chatgpt; innovation; fundamental rights.

Introdução

O direito é resultado dos anseios pacificadores e não atendidos da sociedade em constante movimento evolutivo possui um dos objetivos fornecer amparo às demandas sociais que se transformam rapidamente na era da informação, altamente tecnológica.

Na ânsia por promover justiça, bem-estar e segurança em um ambiente altamente complexo os juristas, intérpretes do direito, inovam ao proferir suas decisões, o que de certo modo causa insegurança aos demandantes, por vezes cobaias, em um experimento que não se sabe se respeita o garantismo do progresso judicial.

Formulações teóricas foram criadas muito tempo atrás para sistematizar o pensamento crítico entorno da construção de métodos mais atuais e eficientes da interpretação do direito nas sociedades pós-modernas e para tanto adotou-se o uso dos prefixos *pós* e *neo* com o objetivo de sistematiza-los fato que ainda reflete nos dias de hoje.

Os erros do *legalismo*, perpetrados nos regimes totalitários e nazi-facistas, o sistema *panprinciolista* ao redor de sistemas de íntimas convicções exigiu a construção de novas teorias que originaram um voluntarismo e decisionismo irresponsável do ativismo judicial que buscou combater o positivismo jurídico.

Nesse contexto jurídico e social mutante surgem as inteligências artificiais que prometem auxiliar o humano nas suas tarefas diárias por meio do uso de processamento de dados por algoritmos que são capazes de formular hipóteses, apresentar soluções, muito próximas ao fazer e pensar humano.

Desenvolvida para ser ferramenta acessória, o *chatGPT* é um dos resultados alcançados pelo desenvolvimento dessa tecnologia, programado para estabelecer conversas racionais com os usuários a partir do processamento de um grande volume de dados foi utilizado recentemente para auxiliar no proferimento de decisão judicial, o que causou alvoroço no meio acadêmico e jurídico.

Abordar a temática é uma das maneiras encontradas para compreender e trazer novos vieses ao seu uso, portanto considerando a crítica ao ativismo judicial irresponsável e as novas tecnologias, formulou-se a seguinte questão: O chatGPT pode auxiliar na minimização do ativismo judicial?

Para abordá-la foi necessário esclarecer em um primeiro momento o que se entende por ativismo judicial, em seguida abordar e compreender os aspectos da inteligência artificial, em específico o chatGPT para por fim verificar que essa ferramenta apresenta um grande potencial que minimizar os infortúnios que o ativismo judicial pode causar quando aplicado de maneira irresponsável, isso porque pode ser programado para afastar decisões subjetivas e assim com um positivismo jurídico dialético, elaborar julgamentos racionalmente justificados, o uso da metodologia hipotética dedutiva com amparo bibliográfico foi utilizada para resolver essa questão cujo objetivo foi verificar se essa inteligência artificial ao servir como parâmetro para tomada de decisão contribui para a diminuição deste instituto e assim proporcione maior segurança jurídica aos sujeitos do sistema judiciário.

1. Ativismo Judicial: Notas Introdutórias

O ativismo judicial comporta uma série de nuances e paradigmas dentro do cenário jurídico-jurisprudencial atual, evidenciando a importância de analisar com seriedade os parâmetros decisórios dentro das Cortes. Nesta perspectiva, apresenta-se notas introdutórias sobre a temática aventada para melhor compreensão deste fenômeno, observando os pressupostos da separação dos poderes, ventilando a importância de se ater e manter a integridade das decisões jurisdicionais.

À primeira análise, como preleciona Medeiros (2020, p. 22), o termo ativismo judicial possui uma “pluralidade de significados e não existe propriamente uma definição jurídica inequívoca do seu conceito”, sobretudo porque a sua formulação histórica decorre de “um artigo publicado por um historiador, em linguagem jornalística, numa tentativa de fazer uma descrição política da Suprema Corte dos Estados Unidos”.

O termo ativismo judicial tem origem, portanto, no artigo de Schlesinger Jr., “The Supreme Court: 1947”, publicado na Revista Fortune¹⁰, no qual se “delineava o perfil dos juízes que à época integravam a Suprema Corte, classificando-os como: ativistas, campeões da autocontenção e moderados” (MATIAS-PEREIRA, 2021, p. 2).

Importante esclarecer que, a expressão ativismo judicial inicialmente popularizou-se, “sobretudo entre os conservadores, como forma de criticar juízes de inclinação liberal, porém, posteriormente, o termo também passou a “ser empregado para designar juízes conservadores”.

O marco temporal da inauguração do termo ativismo judicial surge em face da nova composição da Suprema Corte dos Estados Unidos da América após a tentativa de “Franklin Delano Roosevelt de mudar a composição política da corte, com a indicação de novos

justices dispostos a destoar da linha conservadora então adotada pela Corte, sobretudo durante a Era Lochner”. Assim, a partir daí o uso do termo ativismo judicial vai ostentar diversas facetas, ou seja, “tanto para designar juízes conservadores como progressistas, mas de modo geral partindo da perspectiva de juízes dispostos a imprimir suas próprias visões políticas de mundo no âmbito da atividade jurisdicional” (MEDEIROS, 2020, p. 23).

Inobstante, buscando a conceituação do termo aqui explorado, Medeiros (2020, p. 23-25) consigna que está “mais relacionado à forma de utilização de métodos interpretativos que conferem mais poderes aos juízes, outro no sentido de fiscalizar e modificar decisões dos demais poderes”, consignado que ativismo judicial pressupõe uma “conduta proativa do magistrado na interpretação do texto legal, antagônica à do arquétipo montesquiano do juiz boca da lei, geralmente expandindo o sentido e o alcance da norma aplicável a pretexto de concretizar valores e fins constitucionais”. De acordo com o autor, essa descrição se “reporta a uma dimensão hermenêutica do conceito de ativismo judicial, voltada ao comportamento dos juízes em face da interpretação da norma nos casos concretos ou abstratos submetidos ao poder judiciário”.

Esta ideia de ativismo judicial parte em geral de pretensão de superação do positivismo jurídico, a atribuir aos magistrados a prerrogativa de proferir decisões com um maior grau de criatividade interpretativa, fugindo das amarras da legalidade formal. O juiz, longe de apenas aplicar a lei tal qual ela é, passa a usar de um léxico jurídico difuso para justificar a tomada de decisão judicial, sobretudo princípios constitucionais, legais, implícitos e explícitos, entre outras técnicas decisórias (MEDEIROS, 2020, p. 25).

Nessa esteira, Teixeira (2012, p. 48-49) aponta que o ativismo judicial representa a deslegitimação da política, haja vista que é resultado lógico da insuficiência do Estado em atender aos anseios da população.

Em consonância, no entendimento de Tepedino (2019, p. 24) “o novo papel da magistratura, contudo, longe de configurar tendência usurpadora da soberania popular, representa aspecto significativo do denominado constitucionalismo democrático”, segundo o qual legitima “à concretização dos valores e fins constitucionais, com interferência crescente no espaço de atuação dos demais Poderes”, porém, alerta que os limites dessa interferência é que devem “ser objeto de reflexão por parte da teoria da interpretação, para que sejam estabelecidos critérios de preservação da segurança jurídica”.

Nesta medida, Tepedino (2019, p. 24) remonta a noção de ativismo, conceituando este como “ruptura do formalismo positivista”, mostrando-se “benfazejo e alvissareiro método hermenêutico em prol da efetividade dos comandos constitucionais, especialmente levando-se em conta o ambiente de justiça transicional”.

Barroso (2012, p. 29) explica que o ativismo judicial se manifesta pela aplicação direta do texto constitucional em detrimento da legislação ordinária, pela invalidação de atos emanados pelo poder legislativo ao argumento de inconstitucionalidade e, por último, pela “imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”.

Deveras, “ao intérprete, independentemente de sua boa intenção em favor de certos direitos com assento no ordenamento, não é dado julgar conforme a sua consciência, encontrando-se vinculado à ordem jurídica” (BARROSO, 2011, p. 280).

Desta maneira, o caminho para uma atuação garantista sem a prática nociva do ativismo judicial seria justamente o Direito visto dentro da acepção de integridade, isto é, a integridade que deve ser considerada pelos juízes, a partir da vida real e concreta, é a integridade inclusiva, a partir de uma apreciação de três princípios: equidade, devido processo legal e justiça. Assim, suprimindo do magistrado a possibilidade de julgamento somente a partir do princípio da justiça, porque o juiz tem o dever constitucional de observar a supremacia legislativa (princípio da equidade), bem como, observar as regras e os procedimentos existentes no sistema, ou seja, o devido processo legal (DWORKIN, 2014, p. 263-265).

Nesse sentido, pondera Streck (2007, p. 186) que “pensar que uma regra pode ser interpretada independente dos princípios ou que uma regra pode ‘valer’ mais do que um princípio é uma concessão ao positivismo ou uma espécie de retorno ao positivismo”, observando que regra e princípio não contém uma ambiguidade.

Contudo, merece atenção que as situações que circundam o ativismo judicial que estão atreladas a “completude do ordenamento jurídico”, onde “à dinâmica dos sistemas vigoram as regras do juiz estar compelido a julgar todas as controvérsias que se apresentarem ao seu exame, bem como quando deve julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema” (BOBBIO, 1995, p. 118-119).

Corroborando, preceituam Sá, Santiago e Dias (2019, p. 448) que “o caminho a ser perseguido pelo juiz para a concretização de uma prestação jurisdicional com substrato constitucional - verdadeiramente garantista e não ativista - não é fácil e tranquilo”, porém, o Poder Judiciário deve dar um “tratamento coerente do ordenamento jurídico, com a necessária primazia das normas constitucionais enquanto parâmetro inafastável da tutela jurisdicional, de modo a decidir de acordo com argumentos de princípio” entendidos estes “como padrões de equidade e justiça que decorrem da integridade do Direito” como observado por Giudicelli (2020, p. 11-12).

Na análise de Abboud e Mendes (2019, p. 4-6), o autor ativista é “toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida aqui como legitimidade do sistema jurídico”. Concluindo que, “juízes não são, diretamente, agentes de transformação da realidade. Juízes são protetores do direito, podendo agir, inclusive, de forma contramajoritária para tanto”, destacando que o ativismo “é um atalho pernicioso para fazer valer um determinado ponto de vista político, sem que se percorra o imprevisível e necessário caminho do dissenso”.

De fato, é fato notório que “os países com instituições sólidas e democracias consolidadas têm vivenciado nas últimas décadas, notadamente os Estados Unidos, uma crescente intervenção do Poder Judiciário na política e nas relações sociais”. Esse fenômeno, “que possui na atualidade uma dimensão mundial, tem se intensificado no Brasil a partir de meados da primeira década deste século” e, essa “imposição do Direito sobre a Política tem contribuído para fomentar uma crescente interferência do Judiciário em assuntos políticos e nas escolhas inerentes aos outros poderes”, impactando, obviamente, “no funcionamento do governo, na legitimidade das instituições e na democracia” (MATIAS-PEREIRA, 2021, p. 2).

Nessa esfera, destaca-se a importância da separação dos poderes, como manto inibidor das discrepâncias ativistas, que molda o sistema democrático Judiciário. O princípio da separação dos poderes materializa à manutenção do sistema de freios e contrapesos, podendo distribuir as funções estatais, sem romper a unidade harmoniosa do Estado, “na medida em que outorga autonomia aos poderes, quanto ao exercício de suas funções estatais, ao mesmo tempo em que afasta a concentração de poderes nas mãos de um único grupo (ou pessoa) e, também, o cometimento de abusos por parte dos atores políticos” que representam a sociedade no seio de referidos Poderes (VILLAS BÔAS; VÉRAS, 2022, p. 410).

Por outro viés, denota-se que a democracia para as minorias pode ser vista também sobre a ótica do ativismo judicial, colaborando para a construção de uma justiça equitativa (ALVES; OLIVEIRA, 2014, p. 43).

Portanto, em apertada síntese, denota-se que o ativismo judicial pode ser classificado, conceituado, entendido e interpretado sob mais de um viés, porém, deve ser visto a partir da separação dos poderes. Desta maneira, com o suporte aqui ventilado para responder ao questionamento inicial, passa-se trazer à baila os aspectos da inteligência artificial, em específico o chatGPT, a fim de compreender se esta ferramenta, ao servir como

parâmetro para tomada de decisão, contribui para a diminuição do ativismo judicial e se assim for, se proporciona maior segurança jurídica aos sujeitos do sistema judiciário.

2. Inteligência Artificial CHATGPT

A capacidade humana de tomar decisões no direito, entre outras figuras está adstrita a do juiz, responsável por proferir sentenças quando provocado e é justamente com o objetivo de pensar e tomar decisões que a inteligência artificial foi desenvolvida.

Ramo da ciência e da computação, alimenta-se dos dados lançados no ciberespaço, aprende com eles e ajusta-se a cada nova informação quando lhe é inserida, com o objetivo de realizar atividades que antes eram destinadas apenas ao ser humano, mas com alto poder de assertividade decisória, tendo em vista que é capaz de realizar conexões que o homem além de tardar mais, poderia ser desprovido de tal saber.

Potencial que não pode ser menosprezado hodiernamente em uma sociedade cada vez mais exigente, complexa, interconectada e onde o tempo é sinônimo de produtividade, muitas vezes independente da qualidade, a inteligência artificial foi planejada para facilitar, auxiliar e até substituir a tarefa humana.

A complexidade social e também a amplitude de direitos principalmente os fundamentais que não são plenamente atendidos, soma-se ao vagaroso ritmo do Poder Legislativo que não acompanha as demandas sociais, desaguando no Poder Judiciário ao qual incumbe suprir a ausência do Estado em direitos preteridos, não concedidos ou ainda que previstos não fornecidos, o que tem como consequência um aumento exponencial nas demandas.

Acionados, o juiz é impreterível, nas demandas cuja atuação é inquestionável, eles são legitimados pelo povo a decidir sobre temas graves como a liberdade, o patrimônio e a situação familiar, bem como toda a gama de direitos fundamentais da sociedade, sendo essa atuação indispensável na vida social pelo valor que resulta a decisão judicial (DALLARI, 2008, p. 91).

A esse encargo esperasse a concretização da Lei, e para tanto utiliza-se dos mecanismos humanos e processuais dispostos nas normativas e agora no mercado, sendo nesse cenário que surge a *chatGPT* (sigla para *GenerativePre-TrainedTransformer*), lançado em 2020 e liberado para uso público em 2022 tendo como primeira sentença a produzida por um juiz colombiano em relação a demanda de custeio de despesas do plano de saúde para tratamento de uma criança.

A ausência de políticas públicas e o desamparo do Estado em setores como a saúde escancararam as suas deficiências, como consequência, muitas vezes o Judiciário na tentativa de manter e suprir a harmonia entre os poderes, constantemente é chamado para agir no que se chamou, judicialização da saúde, fato muito comum nos dias atuais, tendo em vista que os gastos com a administração nesse setor são altos.

Nestas situações, por vezes, o juiz deve decidir entre a garantia da preservação do direito fundamental a saúde em detrimento dos limites monetários e normativos que o sistema de saúde previa e limitadamente prevê, sendo esse ponto muito propício para tomada de decisões subjetivas por parte do julgador no que se chamou de ativismo irresponsável.

Não é o caso da demanda colombiana em análise onde evidencia questões de reponsabilidade civil e não estatal, mas onde o tema saúde aparece e como tal, diretamente relaciona-se com a preservação da vida, embate e responsabilidade que nenhum dos setores querem desviar o olhar, pois negar um acesso ou não reconhecer um direito quando o assunto é saúde, por vezes é proferir sentença de morte, pela ausência da tutela.

Ainda, que o tema da decisão não envolva diretamente a responsabilidade do Estado, a garantia do direito fundamental a saúde está em foco e pode dar aso a aplicação subjetiva da norma na tentativa de garantir de qualquer maneira, o direito a manutenção da vida, no caso, ao tratamento da doença.

Importante ressaltar que neste caso em particular a interpretação hermenêutica da norma aconteceu *a priori*, ou seja, o magistrado atuou no cumprimento do seu dever com o uso dos recursos “tradicionais” e *a posteriori* para conferir a validade da sentença fez uso do chatGPT, como auxiliar.

Juan Manuel Padilla, juiz que proferiu a sentença, não descartou o uso da ferramenta como acessória no proferimento de decisões, mas esclarece seu caráter subsidiário ao utilizá-la como instrumento facilitador da geração de texto que no caso envolvia o pedido de isenção do pagamento de consultas médicas, terapia e transporte de uma criança autista cujos pais tinham renda limitada.

A utilização da inteligência foi limitada e apenas experimental, mas é evidente que seu uso possa se expandir e como tudo que não tem regulamentação⁴, ser utilizado de maneira equivocada, além do mais não está completamente desenvolvido para que se possa afirmar

⁴ Neste sentido: Las compañías consultadas coinciden en la necesidad de un uso ético de la IA y se están inspirando en los avances y recomendaciones que están impulsando organizaciones privadas y públicas. No obstante, muestran unanimidad en la expectativa de que haya una regulación próxima que establezca los parámetros por los que debe regir sus procesos (El mundo, 2023).

que as opiniões proferidas são verídicas em sua inteireza, mas sabe-se que a máquina é alimentada e trabalha de acordo com o conhecimento implantado, o perigo não está nesse conhecimento e sim na possibilidade de que ele não vai mudar, ou evoluir juntamente com o meio social em que foi criado (SILVA; MAIRINK; 2019, p. 71).

las empresas están ya trabajando en desarrollar sus propios **casos** de uso en base a esta herramienta. Así, los empleados de Repsol han enviado a la compañía **más de 250 propuestas** de aplicaciones para la herramienta de Open AI. Estas abarcan funciones como la extracción rápida de información, la gestión y generación de documentación y la generación de contenidos audiovisuales (El mundo, 2023).

O chatGPT teve seu desenvolvimento iniciado em 2019 pela agência norte-americada Open AI, que é uma espécie de laboratório das inteligências artificiais, ela entende com profundidade o contexto das solicitações dos usuários porque ele tem como base a linguagem humana, portanto se alimenta de todo conteúdo da internet que nem sempre são reais e por isso o seu uso deve ser utilizado com parcimônia.

Ainda, o grande diferencial do sistema que responde perguntas é que ele pode fazer uso da criatividade. O ChatGPT é capaz de contextualizá-los e elaborar textos, letras de música, poesias, contos, códigos de programação, receitas e assim por diante (BARBOSA, PORTES, 2019, p.22).

Alta capacidade cognitiva pode ser uma ferramenta que ao se restringir, ou seja, ser alimentada com normas em seu sentido estrito pode retirar a parcial subjetividade dos julgados, limitando o então existente ativismo judicial irresponsável, tão criticado pelos usuários do sistema judiciário.

A ferramenta está em fase de aprimoramento, mas o seu uso e potencial implementação ao sistema judicial não pode ser desconsiderado.

3.Considerações Finais

O ChatGPT, como um modelo avançado de linguagem, tem o potencial de ajudar a minimizar o ativismo judicial, em decorrência de sua alta capacidade cognitiva. Isto porque, se alimentado com normas em seu sentido estrito, possibilita a exclusão parcial de subjetividade dos julgados, limitando a atuação do ativismo judicial.

O ativismo judicial refere-se à tendência dos juízes de interpretar as leis de forma “criativa”, indo além de sua intenção original e potencialmente invadindo os domínios dos poderes legislativo ou executivo. Embora o ChatGPT possa fornecer informações e *insights*

valiosos, é essencial considerar suas limitações e o contexto mais amplo em que ocorre o ativismo judicial.

Em primeiro lugar, o ChatGPT pode servir como uma poderosa ferramenta de pesquisa para juízes e advogados. Pode ajudá-los a acessar grandes quantidades de literatura jurídica, casos históricos e precedentes, permitindo-lhes tomar decisões mais informadas. Ao ter acesso a bancos de dados e documentos jurídicos abrangentes, os juízes podem entender melhor a intenção original das leis, a história legislativa por trás delas e o raciocínio usado em julgamentos anteriores. Isso pode fornecer uma base mais sólida para suas decisões e ajudar a reduzir o potencial de interpretações subjetivas que levam ao ativismo judicial.

Em segundo lugar, o ChatGPT pode auxiliar na identificação e análise de argumentos e contra-argumentos legais. Pode ajudar os juízes a avaliar diferentes perspectivas e considerar pontos de vista alternativos ao tomar suas decisões. Ao apresentar uma ampla gama de teorias jurídicas, o ChatGPT pode promover uma compreensão mais equilibrada e abrangente da lei, desencorajando os juízes de confiar apenas em suas ideologias pessoais ou inclinações políticas. Essa perspectiva mais ampla pode contribuir para minimizar o ativismo judicial, incentivando uma abordagem mais nuançada e objetiva da interpretação jurídica.

Ressalte-se que o ChatGPT não deve ser utilizado como substituto do julgamento humano, visto que lhe falta a capacidade de compreender a complexidade social. Resulta que os magistrados são responsáveis por definir as circunstâncias únicas de cada caso e aplicar a lei de acordo com os princípios da justiça e da equidade.

Além disso, a eficácia do ChatGPT em minimizar o ativismo judicial depende de sua programação e dos dados em que é treinado. Se o modelo de linguagem for tendencioso ou treinado em uma gama limitada de perspectivas, ele pode inadvertidamente perpetuar certos vieses e contribuir para um potencial ativismo.

Finalmente, embora a possibilidade de que o ChatGPT possa ajudar na defesa de uma aplicação mais consistente e coercitiva da lei, ele é incapaz de abordar os fatores de que circundam o ativismo judicial, como pressão política, mudanças sociais ou diferenças ideológicas.

Para minimizar o ativismo judicial de forma eficaz, podem ser necessárias reformas mais amplas na educação jurídica, processos de nomeação judicial e supervisão legislativa. O ChatGPT pode ser uma ferramenta valiosa dentro dessa estrutura mais ampla, mas não é uma solução autônoma para a complexa questão do ativismo judicial.

Em conclusão, o ChatGPT tem o potencial de ajudar a minimizar o ativismo judicial, fornecendo aos juízes acesso a uma pesquisa jurídica abrangente, facilitando a avaliação de diferentes argumentos jurídicos e promovendo um processo de tomada de decisão mais equilibrado e informado. No entanto, deve ser usado como uma ferramenta para complementar a perícia judicial, em vez de substituir o julgamento humano. É importante considerar as limitações do ChatGPT, garantir que seus dados de treinamento sejam diversos e imparciais e abordar questões sistêmicas mais amplas para mitigar efetivamente o ativismo judicial.

Referências

- ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. *Revista dos tribunais*, v. 1008, 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/download/60537941/RTDoc_06-09-2019_18_27_PM20190909-24886-1etvac1.pdf. Acesso em 25 mai. 2023.
- ABBOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 108, n. 1009, p. 123-135, nov. 2019. Disponível em: <https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/48449>. Acesso em 25 mai. 2023.
- ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. *Argumenta – UENP jacarezinho*, n° 20, p. 33 – 45, 2014. Disponível em: https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/432/pdf_47. Acesso em 25 mai. 2023.
- BARBOSA, Lucia M.; PORTES, Luiza A.F. A inteligência artificial. *Revista de tecnologia educacional*. Rio de Janeiro, n° 236, 2019.
- BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. p. 29.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In *Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*, org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; Roberto Fragale Filho; Ronaldo Lobão, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BOBBIO, Noberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília, UnB, 1995.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- GIUDICELLI, Gustavo Barbosa. Direito como integridade: uma resposta dworkiana ao ativismojudicial. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ*, Rio de Janeiro, v. 3 n. 1, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/111/78>. Acesso em 25 mai. 2023.
- LUND, B.D.; WANG, T. Chatting about ChatGPT: how may AI and GPT impact academia and libraries? *Library Hi Tech News*, v. 40, n. 3, pp. 26-29. <https://doi.org/10.1108/LHTN-01-2023-0009> Acesso em: 28 maio 2023.

- MATIAS-PEREIRA, José. Impactos da judicialização da política e ativismo judicial no Brasil. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v.7, n.3, p. 29286-29316, mar, 2021. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/26844>. Acesso em 24 mai. 2023.
- MEDEIROS, Isaac Kofi et al. Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública. Dissertação em Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/216251>. Acesso em 24 mai. 2023.
- SÁ, Alexandre Santos Bezerra; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; DIAS, Eduardo Rocha. Direito como integridade: um caminho garantista contra o ativismo judicial. *Revista Quaestio Iuris*, v. 12, n. 2, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/37899>. Acesso em 25 mai. 2023.
- SILVA, J. A. S. DA; MAIRINK, C. H. P. Inteligência artificial. *LIBERTAS: Revista de Ciências Sociais Aplicadas*, v. 9, n. 2, p. 64-85, 13 dez. 2019.
- SILVA, Jose M.R. Grandes empresas españolas ya prohíben a sus empleados el uso de ChatGPT: “ Contiene información errónea”. 2023. *El mundo*. Disponible em: <https://www.elmundo.es/economia/empresas/2023/05/21/64679873e4d4d863428b45a9.html>. Acesso em: 28 maio 2023.
- STRECK, Lenio Luiz. O papel da constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas. In Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Jose Luís Bolzan de Moraes, Lenio Luiz Streck (org.), *Estudos Constitucionais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- TEIXEIRA, Anderson V. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, p. 37-57, 2012.
- TEPEDINO, Gustavo. Ativismo judicial e construção do direito civil: entre dogmática e práxis. *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica*, Vol. 24 - n. 1 – jan. abr. 2019. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/14173/7995>. Acesso em 24 mai. 2023.
- VILLAS BÔAS, Regina; VÉRAS, Gustavo. A desconstrução do princípio da separação dos poderes e a ascensão do ativismo judicial: a incorporação do direito internacional dos direitos humanos no sistema constitucional. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 36, 2022, p. 395-415. Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/2713/pdf> acesso em: 26 mai. 2023.

A Idade nas Relações Laborais: Fator de Desigualdade ou de Direito?

The Age in Labor Relations: Factor of Inequality or Law?

Mara Catarina Mesquita Lopes Leite¹

Sumário: 1. O Contexto dos Jovens e dos Idosos no Mercado Laboral Português. 2. O Ingresso da Juventude Portuguesa no Mercado Laboral. 3. A Situação dos Idosos no Mercado Laboral. 4. Considerações Finais.

Resumo: O presente estudo tem por objetivo demonstrar que, devido às mudanças sociais, econômicas e culturais ocorridas em Portugal, jovens e idosos assumiram importante papel no mercado laboral português. Isso porque o índice de longevidade de Portugal aumentou, a população idosa cresceu exponencialmente e a emigração dos jovens tem se acentuado num movimento de fuga de cérebros, notadamente em vista da falta de postos de trabalho que atendam às suas necessidades pessoais. Nesse contexto, os arts. 9.º, d e 13.º, da Constituição da República Portuguesa encarregam-se de estabelecer como tarefa fundamental do Estado a promoção da igualdade real entre os cidadãos portugueses, bem como de enaltecer, sob a égide do princípio da igualdade, a dignidade e a equidade destes mesmos cidadãos no plano formal. Tais mandamentos, quando alinhados à função social que carregam consigo, representam um dos pilares no qual Portugal, Estado democrático e social, está estruturado: a igualdade. São inadmissíveis, portanto, as diferenciações de tratamento fundadas na idade quando arbitrárias e injustificadas. Todavia, por mais que as previsões legislativas em âmbito nacional e internacional instituem o mais forte dever ser, na prática, ao se falar da aplicação da equidade nas relações de trabalho, o cenário demonstra-se diferente. Dessa sorte, este estudo empregará metodologia lógico-indutiva, tendo por objetivos principais mapear as estatísticas mais atualizadas que tangenciam as relações laborais desempenhadas por jovens e idosos e, posteriormente, citar as principais políticas nacionais e internacionais neste sentido. Isto porque a idade, acima de tudo, deve ser considerada como critério para a criação de políticas públicas e para a distribuição de incentivos, cabendo ao Estado garantir que escolhas possam ser feitas pelos seus cidadãos sem punições decorrentes da passagem do tempo.

Palavras-chave: idadismo; jovens; idosos; mercado laboral.

Abstract: The present study aims to demonstrate that, due to the social, economic and cultural changes that have taken place in Portugal, young and old have assumed an important role in the Portuguese labor market. This is because the longevity index in Portugal has increased, the elderly population has grown exponentially and the emigration of young people has been accentuated in a brain drain movement, notably in view of the lack of jobs that meet their personal needs. In this context, art. 9.º, d and 13.º, of the Constitution of the Portuguese Republic are responsible for establishing as a fundamental task of the State the promotion of real equality among Portuguese citizens, as well as praising, under the aegis of the principle of equality, the dignity and the equality of these same citizens at the formal level. Such commandments, when aligned with the social function they carry with them, represent one of the pillars on which Portugal, a democratic and social State, is structured: equality. Therefore, differences in treatment based on age are inadmissible when they are arbitrary and unjustified. However, as much as the legislative provisions at the national and

¹ Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. maracatarina@hotmail.com.

international level establish the strongest duty to be, in practice, when talking about the application of equity in labor relations, the scenario proves to be different. Thus, this study will employ a logical-inductive methodology, with the main objectives of mapping the most up-to-date statistics that touch on labor relations performed by young and old people and, subsequently, citing the main national and international policies in this regard. This is because age, above all, must be considered as a criterion for the creation of public policies and for the distribution of incentives, and it is up to the State to ensure that its citizens can make choices without punishment arising from the passage of time.

Key-words: ageism; young people; elderly; labor market.

1. O Contexto dos Jovens e dos Idosos no Mercado Laboral Português

Nas últimas décadas, Portugal vivenciou uma série de mudanças sociais, econômicas e culturais.² Certamente isto influenciou na forma como a sua população se organiza no mercado laboral, notadamente em relação aos jovens e idosos. Do levantamento realizado pela Base de Dados Portugal Contemporâneo (PORDATA), pode-se verificar que no período compreendido entre 1991 e 2021, a população de 0 a 14 anos diminuiu em 32%; a de 15 a 64 anos aumentou em 0,5% e a concernente aos indivíduos com mais de 65 anos aumentou em 80,5%.³

As projecções realizadas em 2017, pelo Instituto Nacional de Estatística de Portugal, também são neste sentido. Portugal perderá população, dos atuais 10,3 para 7,5 milhões de pessoas, ficando abaixo do limiar de 10 milhões em 2031. O número de jovens diminuirá de 1,5 para 0,9 milhões. O número de idosos passará de 2,1 para 2,8 milhões. Ademais, face ao decréscimo da população jovem, a par do aumento da população idosa, o índice de envelhecimento mais do que duplicará, passando de 147 para 317 idosos, por cada 100 jovens, em 2080. O índice de envelhecimento só tenderá a estabilizar na proximidade de 2060, quando as gerações nascidas num contexto de níveis de fecundidade abaixo do limiar

² Ao ser analisada a sua história, percebe-se que diferentes factores contribuíram para tanto, a citar dentre os principais, (i) a fundação do EFTA (European Free Trade Association), em 1959, desencadeando a abertura do País ao comércio internacional; (ii) o aumento da emigração nos primórdios da década de 1960, cujo deslocamento passava a se dirigir aos países da Europa ao invés das colónias portuguesas; (iii) consoante à emigração, o surgimento do turismo de massa, incrementado a balança econômica de Portugal; (iv) o início da Guerra Colonial Portuguesa (Guerra de África), que em muito influenciou na política interna; (v) o início da Revolução de 1974, que desencadeou a descolonização do Estado e, conseqüentemente, a sua nacionalização; (vi) a elaboração da Constituição da República Portuguesa de 1976, pautada no regime democrático e parlamentar, bem como na garantia dos direitos fundamentais; (vii) o pedido de adesão, em 1977, à Comunidade Económica Europeia, cuja efetivação, na prática, ocorreu em 1986; (viii) a adopção do euro como moeda nacional, em 1999 e (ix) a crise financeira internacional de 2008, cujos impactos são verificados até nos dias de hoje. De lá para cá, as mudanças sociais transcorridas em Portugal foram ainda mais complexas. A família se redefiniu em número e em natureza, diminuindo o número dos seus membros e assumindo formas distintas do casamento; as mulheres passaram a fazer parte das universidades e estarem presentes em todas as profissões; o índice de longevidade dos cidadãos aumentou, incorrendo na integração nacional portuguesa². (BARRETO, António - *Mudança social em Portugal, 1960/2000*. p. 2-7.)

³ FUNDAÇÃO FRANCISCO MANUEL DOS SANTOS. Base de Dados Portugal Contemporâneo PORDATA – População residente segundo os censos: total e por grandes grupos etários.

de substituição das gerações já se encontrarem no grupo etário 65 e mais. Já a população em idade ativa diminuirá de 6,7 para 3,8 milhões de pessoas, posto que o índice de sustentabilidade poderá diminuir de forma acentuada diante do decréscimo da população em idade ativa, a par do aumento da população idosa. Este índice passará de 315 para 137 pessoas em idade ativa, por cada 100 idosos, entre 2015 e 2080.⁴

Por ora, é possível afirmar que os reflexos da nova conjuntura incutiram na demografia do País: a população portuguesa torna-se, e tende a continuar se tornando, majoritariamente idosa.

Sob este aspecto, destacam-se os arts. 9.º, d; e 13.º, ambos da Constituição da República Portuguesa. O primeiro é encarregado de estabelecer como tarefa fundamental do Estado a promoção da igualdade real entre os cidadãos portugueses e o segundo, responsável por enaltecer, sob a égide do princípio da igualdade, a dignidade e a equidade destes mesmos cidadãos no plano formal.⁵ Tais mandamentos, quando alinhados à função social que carregam consigo, são um dos pilares – o da igualdade - no qual o Estado de Direito Português, democrático e social, está estruturado.⁶ São inadmissíveis, portanto, as diferenciações de tratamento fundadas na idade quando arbitrárias e injustificadas.

Especificamente às relações de trabalho, no art. 59.º, da Constituição, há uma validação das igualdades material e formal. Nesta lógica, os seus ditames visam a coibir a discriminação entre trabalhadores, ao mesmo tempo que promover a dignidade das condições de trabalho. Adicionalmente, o art. 24.º, 1, do Código do Trabalho Português prevê o direito à igualdade, cujo rol de abrangências respeita “a critérios de selecção e a condições de contratação, em qualquer sector de actividade e a todos os níveis hierárquicos”⁷, nos quais o factor cronológico poderia favorecer uns em detrimento doutros. Já o art. 25.º, 3, do mesmo diploma legal proíbe a prática de discriminação com base na idade, autorizando-a tão somente nos casos em que “sejam necessárias e apropriadas à realização de um objectivo legítimo, designadamente de política de emprego, mercado de trabalho ou formação profissional”⁸.

No âmbito internacional, ênfase deve ser conferido à Directiva 2000/78/CE, ao

⁴ PORTUGAL. Instituto Nacional de Estatística – Projeções de população residente 2015 – 2080. p. 1.

⁵ De acordo com Jorge Leite: “Com o princípio da igualdade pretende-se que seja tratado de modo igual o que é igual e de modo diferente o que é desigual na proporção da respetiva diferença. Já porém, com o princípio da não discriminação o que se pretende é que se trate de modo igual o que é diferente, por se entender que a diferença é totalmente irrelevante para os efeitos tidos em conta.” (LEITE, Jorge - O princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres no direito português. p. 71).

⁶ Sobre o princípio da igualdade, são de grande consideração as lições de Jorge Miranda (MIRANDA, Jorge – Manual de direito constitucional: direitos fundamentais. p. 241).

⁷ LEI n.º 7/2009. Diário da República I Série, N.º 30 (12-02-09), p. 933.

⁸ Idem – Ibidem.

salientar ser o desrespeito ao fundamento da igualdade um comprometedor dos objectivos da União Europeia na busca da “promoção de um elevado nível de emprego e de protecção social, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão económica e social, a solidariedade e a livre circulação das pessoas”⁹. De acordo com o documento, qualquer discriminação, seja ela direta ou indireta, deve ser proibida, com exceção de circunstâncias muito limitadas, nas quais uma idade ou outra constitua “requisito genuíno e determinante para o exercício da actividade profissional”¹⁰. Para tanto, a justificativa deverá estar fundamentada em objectivo legítimo de política de emprego, do mercado de trabalho e da formação profissional.

Por fim, ressalta-se a correspondência existente entre o art. 9.º, d, da Constituição da República Portuguesa e o item 26 da Directiva 2000/78/CE. Enquanto a Carta Magna consigna “a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais”¹¹ como ferramenta para a efetivação do bem-estar e da igualdade entre indivíduos, a normativa europeia dispõe sobre a importância da “manutenção ou a adopção de medidas tendentes a prevenir ou compensar as desvantagens sofridas por um grupo de pessoas”¹². Em outras palavras, mais do que permitido, é dever do Estado a tomada de medidas almejando atenuar, corrigir e, principalmente, eliminar as desigualdades no exercício de direitos.

Todavia, por mais que as previsões legislativas em âmbito nacional e internacional instituem o mais forte “dever ser”, ao se falar da aplicação da equidade nas relações de trabalho, o cenário observado na realidade é distinto.

Nas palavras de Pedro Adão e Silva e Mariana Trigo Pereira, verifica-se uma lógica laboral bastante peculiar no País, na qual a segmentação do seu mercado de trabalho “tem como característica mais marcante relações laborais fracas e instáveis, com elevados níveis de rotação, que provocam uma erosão significativa do capital humano e são um fator de quebra de produtividade.¹³ Isto é, há um contraste existente no atual quadro social português. Ao mesmo tempo que as estatísticas demonstram ser a população cada vez mais caracterizada por idosos, ocupa ela o menor índice de actividade no cenário econômico.

Ao se levar em conta as diretrizes do princípio da igualdade, bem como o incentivo ao desenvolvimento de políticas para a eliminação de práticas discriminatórias, donde a idade

⁹ UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia - Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional. p. L 303/16-L 303/17.

¹⁰ Idem – Op. Cit. p. L 303/17.

¹¹ PORTUGAL - Constituição da República Portuguesa. p. 12.

¹² UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia - Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional. p. L 303/17.

¹³ SILVA, Pedro Adão e; PEREIRA, Mariana Trigo – As políticas de protecção no desemprego em Portugal. p. 136.

consta como uma, os resultados apresentados pelas pesquisas encaminham ao questionamento acerca da real Efetividade das referidas medidas positivadas.

2. O Ingresso da Juventude Portuguesa no Mercado Laboral

O aumento da expectativa de vida e a queda da taxa de natalidade fez com que a população do Estado, com o passar dos anos, fosse cada vez mais caracterizada por idosos. Inexistindo vagas de trabalho que contemplem a todos, aos jovens que desejam permanecer em Portugal resta a competição no mercado de trabalho.

Aos demais, remanesce a emigração, realidade bastante preocupante ao País a ponto de ser caracterizada como um problema de ordem pública.¹⁴ Neste sentido, a ausência de maiores cuidados com a juventude, quando comparada às oportunidades oferecidas por outros países, angaria a “fuga de cérebros”, questão considerada como ramificação da emigração, porém muito mais preocupante que aquela. Exemplo disso é a baixa competitividade salarial em Portugal. Baseando-se em estudo comparativo, Paulo J. Freire apontou que “o primeiro salário médio atribuído a um profissional após a conclusão da universidade é de 6343 euros na Suíça, 3956 na Alemanha, 3894 nos EUA e 988 em Portugal. Em suma, os jovens perderam a confiança no sistema existente e sentem-se frustrados por não verem o seu valor reconhecido.”¹⁵

As mudanças culturais e econômicas ocorridas na sociedade portuguesa demonstram que os jovens adultos de hoje possuem necessidades pessoais diferentes das historicamente vividas, que incluem o confronto da entrada tardia no mercado de trabalho e a consequente permanência na família nuclear. Dessarte, o foco dos jovens contemporâneos não mais se deposita, única e exclusivamente, no casamento e na construção de uma família a partir dele.¹⁶

Cláudia Andrade explica a questão a partir da apuração dos resultados dos indicadores sociológicos, que demonstram uma melhora nas condições de vida da população

¹⁴ “Os factores que explicam o aumento da mobilidade europeia e da emigração são múltiplos e relacionais: a) crise do sistema de empregos qualificados em Portugal; b) poucas oportunidades para aplicar e desenvolver as competências profissionais adquiridas na educação formal e na fase de entrada profissional realizada em Portugal; c) fortes expectativas de internacionalização e a criação de redes científicas e profissionais; d) busca da autonomia pessoal; e) a construção e manutenção de relacionamentos pessoais e românticos.” (CERDEIRA, Luísa [et al.] – A fuga de cérebros em Portugal: hipóteses explicativas. p. 415.)

¹⁵ FERREIRA, Paulo Jorge – Porque é que os jovens emigram e não querem voltar?.

¹⁶ “Partindo deste pressuposto, Olivier Galland (1991) entende juventude como uma fase de vida em que os seus membros se encontram na idade da espera, da dependência económica e da incerteza. Devido a algumas mudanças ocorridas no cenário mundial a partir dos anos 70, Galland (1991) constatou que a passagem para a vida adulta se tornou mais complexa. Este “prolongamento da juventude” pode, em grande medida, ser entendido como um aspeto positivo, da expansão da escolaridade ao contribuir para uma melhor inserção social e profissional. A partir desta perspetiva teórica, torna-se possível definir o prolongamento da juventude como o fenómeno que corresponde ao adiamento da transposição dos sucessivos patamares que dão acesso à idade adulta (Alves, 2008).” (DOUTOR, Catarina – Um olhar sociológico sobre os conceitos de juventude e de práticas culturais: perspectivas e reflexões. p. 163-164).

com a modificação dos padrões culturais do País. “Os jovens são, assim, incentivados a investir na educação, a prosseguir os seus projectos vocacionais com vista à aquisição futura de uma profissão, que lhes possibilitará não só a realização pessoal, como a obtenção de autonomia económica. Isto implica, por si só, que a entrada no mercado de trabalho se faça mais tardiamente.¹⁷ Neste sentido, sob a óptica existencialista, a profissão e o trabalho se posicionam como um dentre os eixos essenciais do desenvolvimento humano. De outro lado, o jovem português obriga-se a encarar uma realidade cuja falta de oportunidades, especialmente em épocas de crise financeira, é característica.¹⁸

De modo geral, tem-se que a entrada do jovem no mercado de trabalho encontra-se garantida pela Constituição da República Portuguesa. O seu art. 70, b, confere a eles protecção especial para que possam acessar ao primeiro emprego, ao trabalho e à segurança social. Para tanto, impõe às políticas voltadas para a juventude a prioridade no desenvolvimento da personalidade dos jovens, dando-lhes condições para integrarem a vida activa, bem como para se afeiçoarem à criação livre e aos serviços comunitários.

Pode-se afirmar que tais medidas são promovidas tanto a nível nacional, quanto internacional, destacando-se, no âmbito das políticas nacionais as seguintes: a criação do Instituto de Emprego e Formação Profissional (IEFP), que institui apoio à contratação voltado especialmente para o contrato-emprego, à mobilidade geográfica, cheque-formação, desenvolvimento do empreendedorismo e estímulo a estágios. Também merece realce o Plano Nacional de Implementação de uma Garantia Jovem (PNI-GJ), medida direcionada aos jovens com até 29 anos de idade que se encontram desempregados ou recém-saídos do sistema de ensino.

Já no quadro de políticas públicas internacionais, cita-se a Estratégia Europeia de Emprego (EEE), que busca a uniformização da Europa através da adopção de práticas comuns, pelos Estados membros, para a criação e melhoria de empregos, assim como a Estratégia para o Emprego da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE).¹⁹

¹⁷ ANDRADE, Cláudia – Transição para a idade adulta: das condições sociais às implicações **sociológicas**. p. 255-256.

¹⁸“As expectativas dos jovens à saída do sistema educativo dariam origem a uma pirâmide com o vértice para baixo (isto é, há mais jovens com expectativas de inserção no topo da pirâmide social do que com expectativas intermédias e com expectativas intermédias do que com expectativas de base); a hierarquia das profissões e das oportunidades que se abrem aos jovens é a oposta. Assim, há uma zona de sobreposição em que expectativas e oportunidades se encontram, uma zona de oportunidades sem procura (na base da pirâmide “real”) e uma zona de procura sem oportunidades (no topo da mesma pirâmide).PEDROSO, Paulo [et al.] – Acesso ao emprego e mercado de trabalho: formulação de políticas públicas no horizonte de 2013. p. 14.

¹⁹ “Portugal tem a quarta maior taxa de desemprego juvenil entre os países da OCDE e um grande número de jovens que não estão empregados ou em educação e treinamento (NEET). Isso tem grandes efeitos negativos para os indivíduos em questão e para a sociedade como um todo. A criação de emprego é o maior desafio para

Deste modo, na busca pela melhoria na qualidade de vida da população simultaneamente ao desenvolvimento de Portugal, as recomendações realizadas tem como principais pilares a melhoria da qualidade e da equidade na educação; o reforço da resposta da EFP (Educação e Formação Profissional) às exigências do mercado de trabalho; a redução da taxa de desemprego jovem e dos jovens que não estão nem a trabalhar, nem integrados no sistema educativo e formativo (NEET) e o estímulo à inovação e à criação de empregos altamente qualificados.

3. Os Idosos no Mercado Laboral Português

As mudanças ocorridas ao longo dos anos em Portugal fizeram com que a realidade dos idosos também fosse alterada. Afinal, eles passaram a compor parcela significativa da população ao tempo que de pouquíssima actividade no cenário econômico-laboral. Várias são as razões para este afastamento: num extremo a escolha pela aposentadoria, valendo-se os mais velhos dos direitos conferidos pela segurança social e, noutro, a sua exclusão e discriminação, ainda que, por amor ao labor ou pela necessidade financeira, optassem por continuar no mercado de trabalho.

Nesta perspectiva, surge a expressão “idadismo” (do inglês, *ageism*), cunhada por Robert N. Butler, em 1969, para definir os comportamentos discriminatórios com base na idade.²⁰ Para ele, o idadismo é prática que pode ser direcionada tanto para a população jovem, quanto para a anciã. Contudo, é nesta última classe que se revela de maneira mais hostil, gerando uma reação em cadeia na qual os impactos psicológicos, já danosos, interferirão nas demais esferas da vida do indivíduo.

Tal questão torna-se ainda mais complexa ao se perceber que a senilidade, por si só,

a sociedade portuguesa, a fim de lidar com níveis insustentáveis de desemprego juvenil. O principal investimento tem como alvo o apoio a jovens desempregados, incluindo o Programa de Garantia Juvenil da UE. Certamente, programas de apoio aos jovens, bem concebidos e coerentes, juntamente com sistemas desenvolvidos de orientação e informação profissional, são essenciais para melhorar a activação de competências na população jovem de Portugal.” (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO - OECD Skills Strategy Diagnostic Report: Portugal 2015. p. 4.)

²⁰ “O idadismo descreve a experiência subjetiva implícita na noção popular de “quebra” de gerações. O preconceito das pessoas de meia idade contra os antigos, neste caso, e contra os jovens em outros, é um grave problema nacional. O idadismo reflete uma inquietação profunda por parte dos jovens e indivíduos de meia-idade - uma revolta pessoal e desgosto pelo envelhecimento, doença e deficiência; e medo de impotência, “inutilidade” e morte. As atitudes culturais da nossa sociedade reforçam esses sentimentos. Nós escolhemos a aposentadoria, encarando-a como obrigatória e saindo do mercado de trabalho e, assim, removemos dos idosos as principais decisões das suas vidas. O idadismo manifesta-se nas observações incômodas sobre os idosos como seres antiquados, vulneráveis, cuja discriminação pela idade, no emprego, independente da competência individual e nas prováveis desigualdades na alocação de fundos de pesquisa. Embora as pessoas com 65 anos e mais representem 25% de todas as internações públicas em centros de psiquiatria, apenas 3% do orçamento de pesquisa do Instituto Nacional de Saúde Mental é gasto em pesquisa relevante. Menos de 1% do orçamento de todos os Institutos Nacionais de Saúde é dedicado ao estudo dos fenômenos de envelhecimento.” (BUTLER, Robert N. – Age-ism: another form of bigotry. p. 243-244).

já é uma etapa da vida repleta de contradições: simultaneamente podem ser os idosos percebidos como sábios, mas também enquadrados como dependentes. Fato é que o envelhecimento é um processo vital involuntário que ocorre no organismo desde o momento do nascimento. “Se envelhece como se vive”²¹, ou, em outras palavras, ao se fugir do envelhecimento, foge-se da vida.

Em sentido inverso, inevitável é a constatação do paradoxo sustentado pelo Estado Português. De um lado, sendo a esperança de vida um dos medidores do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) dos países, comemora-se a longevidade da população portuguesa²². De outro, o idadismo continua sendo uma realidade preocupante.

De acordo com Sibila Marques “compreender o idadismo é importante porque este tipo de atitude atenta contra direitos humanos fundamentais”²³, podendo ser, o actual estado, decorrência de três factores: a associação do idadismo a crenças ou estereótipos negativos ligados aos idosos, como a incapacidade e a doença; atitudes idadistas voltadas para o preconceito e para sentimentos negativos relacionados ao envelhecimento; e atos de discriminação voltados para os idosos, especialmente com relação ao abuso e maus tratos cujo alvo principal são os idosos.²⁴

À par desta situação e do potencial destrutivo do idadismo, especialmente por voltar-se contra parcela crescente da população portuguesa, tornou-se o combate aos seus estereótipos um dos objectivos da Organização Mundial da Saúde (OMS).²⁵

Está o envelhecimento activo pautado na “otimização das oportunidades para a saúde, participação e segurança, para a melhoria da esperança de vida e qualidade de vida das pessoas à medida que envelhecem.”²⁶ Com base nisso, a OMS desenvolve orientações para tratar das questões que envolvem o envelhecimento, bem como as possíveis soluções para a resolução daquelas que impactam negativamente na sociedade.

O sucesso do envelhecimento activo estaria depositado, portanto, sobre dois agentes: a colectividade e o próprio idoso. A este cabe a realização de práticas que aliem uma vida

²¹ MESSY, Jack. A pessoa idosa não existe. p. 18.

²² Norbert Elias, aos seus 86 anos de idade, assim escreveu: “Mais do que nunca, podemos hoje esperar – com a habilidade dos médicos, a dieta e os remédios – o adiamento da morte. Nunca antes na história da humanidade os métodos mais ou menos científicos de prolongar a vida foram discutidos de maneira tão incessante [...] O sonho do elixir da vida e da fonte da juventude é muito antigo, mas só tomou uma forma científica – ou pseudo-científica – nos nossos dias. A constatação de que a morte é inevitável está encoberta pelo empenho em adiá-la cada vez mais com a ajuda da medicina e da prevenção, e com a esperança de que tudo isso talvez funcione.” (ELIAS, Norbert – A solidão dos moribundos seguido de envelhecer e morrer. p. 56).

²³ MARQUES, Sibila – Discriminação da terceira idade. p. 20.

²⁴ Idem – Op. Cit. p. 18-19.

²⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – Rapport Mondial sur l’âgisme.

²⁶ No documento original “Vieillir en restant actif est le processus consistant à optimiser les possibilités de bonne santé, de participation et de sécurité afin d’accroître la qualité de la vie pendant la vieillesse.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – Vieillir en restant actif: cadre d’orientation. p. 12.)

longa e saudável (atividades físicas e mentais, productivas e não productivas) e, àquela, a optimização de apoios, oportunidades e condições para que ocorra a realização individual. Busca-se, a partir disso, o empoderamento da terceira idade, posicionando-a como “um elemento capaz e atuante no processo político e na mudança positiva das sociedades.”²⁷

Neste aspecto, destaca-se a protecção, no âmbito dos direitos e deveres fundamentais, conferida à terceira idade pelo art. 72 da Constituição da República Portuguesa. Por meio dele, garante-se às pessoas idosas a autonomia pessoal, a superação do isolamento e a superação da marginalização social.²⁸

A fim de perseguir a realização pessoal destes indivíduos, outras garantias entram em cena, a citar a o direito à segurança económica, o direito de habitação e de convívio familiar, bem como o direito a uma interação comunitária. Ou seja, a participação activa da terceira idade, seja no âmbito familiar ou comunitário, caminha em sentido contrário ao da marginalização social desta camada populacional, combatendo o idadismo e as práticas que insistem em o legitimar. Ainda, o supracitado dispositivo impõe a necessidade de que medidas de carácter económico, social e cultural sejam analisadas e planeadas em conjunto, visto ser este um objetivo comum.

No lado diametralmente oposto do envelhecimento activo, por sua vez, está o envelhecimento passivo, intimamente ligado ao idadismo. Sob esta óptica, está o idoso caracterizado pela generalização da perda e da desconstrução.²⁹ Facto é que, ao deixar de dar subsídio aos seus indivíduos para que envelheçam activamente, deixa o Estado Português de respeitar aqueles cuja existência lhe dá vida: os seus indivíduos.³⁰

Dentre as iniciativas que impulsionam o envelhecimento ativo destacam-se as discussões formalizadas no “Ano Europeu do Envelhecimento Ativo e da Solidariedade entre as Gerações”, no qual Portugal registrou o seu comprometimento.³¹ Ainda no âmbito das políticas públicas nacionais, cita-se a Estratégia de Protecção ao Idoso; o Programa

²⁷ PORUGAL – Ano Europeu do envelhecimento ativo e da solidariedade entre gerações: programa de ação 2012. p. 3.

²⁸ Sobre o direito das pessoas idosas, ver as ponderações de Gomes Canotilho e Vital Moreira (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa anotada: arts. 1º a 107º. p. 884-885).

²⁹ O psiquiatra Carlos Sluzki é um dos estudiosos do processo da perda e da desconstrução na terceira idade (SLUZKI, Carlos E. - A rede social na prática sistêmica: alternativas terapêuticas. p. 117-118).

³⁰ Sobre a mudança da condição do idoso na sociedade, sugerimos a leitura das percepções de Pedro Moura Ferreira (FERREIRA, Pedro Moura – Envelhecimento e direitos humanos. p. 195).

³¹ Dentre as dimensões de atuação a serem levadas em conta, por ocasião do debate, possuem especial atuação as seguintes: o reforço do papel das famílias; o reforço das relações intergeracionais; a valorização do papel da pessoa idosa na sociedade por mecanismos que favoreçam a sua participação activa e o exercício dos seus direitos; a facilitação do acesso ao mercado de trabalho e permanência neste; · O investimento na aprendizagem ao longo da vida; a promoção do voluntariado social; a permanência no meio habitual de vida, o mais tempo possível; e uma maior e melhor prevenção e cobertura das situações de dependência (Idem – Op. Cit. p. 6.)

“Queremos falar-lhe dos Direitos das Pessoas Idosas”; o Despacho nº 12427/2016, grupo de trabalho interministerial responsável por apresentar propostas de estratégia nacional para o envelhecimento ativo e saudável; o Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego; sem prejuízo das Universidades Seniores.

Também alcança relevo os movimentos encabeçados pela iniciativa privada, pela qual algumas empresas³², ao observarem a vantagem da contratação de pessoas mais velhas, têm investido na prática. Isso porque, em geral, a taxa de mudança de emprego dos jovens tende a ser mais elevada e, especialmente, porque os trabalhadores mais velhos costumam ser mais fiéis à empresa, gerando uma maximização dos investimentos feitos na sua profissionalização.³³

Já no que se refere às políticas públicas internacionais, destacam-se a Declaração de Lisboa³⁴; o Ano Europeu de Envelhecimento Ativo e da Solidariedade entre Gerações; assim como a Campanha “Locais de trabalho seguros e saudáveis”.³⁵

Em vista de tal conjuntura, demonstra-se imprescindível o investimento no envelhecimento ativo, em detrimento do passivo. Portugal mudou e a sua nova realidade exige que seja dado ao idoso o protagonismo que merece. Mais do que combater o idadismo externo, referidos investimentos corroboram com o combate ao “auto-idadismo”, um dos responsáveis pelas crises de identidade advindas de factores como o abandono, a limitação, o risco de desemprego.

4. Considerações Finais

Nas últimas décadas, Portugal vivenciou uma série de mudanças sociais, económicas e culturais e isso certamente influenciou na forma como a sua população se organiza no mercado laboral, notadamente em relação aos jovens e idosos. O número de jovens diminuiu enquanto o de idosos aumenta. As projecções tendem a assim seguir sendo.

³² Ao sintetizar as palavras do documento “Employment trends and policies for older workers in the recession”, elaborado pelo Eurofound, Lara Miguel Pereira Pinto assim escreveu: “Em alguns países, como é o caso da Suécia, tanto o Estado como as empresas deram grande relevância à questão da empregabilidade dos trabalhadores mais velhos, realizando adaptações que permitiam mantê-los no mercado de trabalho por mais tempo. Estas medidas procuram envolver os trabalhadores mais experientes na formação, aproveitando a experiência e o conhecimento específico que adquiriram ao longo da sua carreira. (PINTO, Lara Miguel Pereira – Gestão da mão de obra e idade dos trabalhadores: um estudo exploratório. p. 4.)

³³ Ver ILMARINEN, Juhani – Promover o envelhecimento ativo no local de trabalho. p. 2.

³⁴ “Percebemos que a contribuição do crescente número de pessoas idosas - tanto como consumidores quanto como produtores - para a inovação e o desenvolvimento económico e social não é universalmente reconhecida. Do mesmo modo, o papel dos setores de serviços sociais e de saúde que apoiam os idosos exige uma melhor apreciação, não só como um mercado de trabalho importante e crescente, mas também como fator contribuinte para a economia, para a coesão social e para o envelhecimento saudável. (COMISSÃO ECONÓMICA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A REGIÃO DA EUROPA - 2017 Lisbon Ministerial Declaration. p. 3.)

³⁵ UNIÃO EUROPEIA. Agência Europeia para a Segurança e Saúde no Trabalho – Campanhas locais de trabalho seguros e saudáveis.

As atitudes idadistas podem ser direcionadas aos jovens e aos idosos, ainda que atinjam de maneira mais desrespeitosa esta última classe. Para os primeiros, dissemina o entendimento de que são incapazes, instáveis, despreparadas e pouco profissionalizados, dando-lhes como alternativa a emigração ou a adaptação hostil a um mercado de trabalho cada vez mais disputado. Para os segundos, incentiva o envelhecimento passivo, associando-os às noções de perda, inactividade, inutilidade sob a óptica de só lhes restar a espera da morte.

Tal conjuntura se torna ainda mais complexa ao ser analisada juridicamente. Sendo Portugal um Estado Democrático e Social de Direito, torna-se emblemática a questão sobre como aplicar o princípio da igualdade frente a uma desigualdade nunca mensurada.

Na tentativa de eliminar os efeitos sociais nocivos causados por este fenómeno social, de grande representatividade tem sido a atuação da União Europeia. Afinal, o manifesto desrespeito à equidade é um factor comprometedor do objetivo de uniformizar, económica e socialmente, a realidade dos Estados Membros, dentre os quais figura Portugal. Deste modo, a partir de uma combinação de esforços nacionais e internacionais, há um engajamento no sentido de serem elaboradas e aplicadas políticas públicas de incentivo a jovens e idosos, desenvolvidas de acordo com as necessidades das respectivas fases.

Isso porque só é possível desconstruir uma noção cultural destrutiva a partir da criação de outras, que positivamente a superem, retirando-lhe o campo de atuação. É para isso que Portugal e a União Europeia têm trabalhado assiduamente.

Aos jovens e aos idosos, deve ser dado o protagonismo que merecem. A passagem do tempo e as circunstâncias fáticas da sociedade leva a crer que a idade não é factor de desigualdade nem um direito propriamente dito. A idade é, pois, critério para distribuição de incentivos e de políticas públicas de modo a permitir a todos os portugueses o acesso ao emprego. Ademais, é o meio pelo qual se permite que cada sujeito seja livre e tome suas próprias decisões.

Com oportunidades iguais, o que cabe ao Estado é garantir que as escolhas possam ser feitas pelo cidadão, sem pressões ou punições. Ao mesmo tempo, tais medidas constituem um conjunto de oportunidades que possuem um forte carácter emancipatório no sentido de dar a sua população a escolha que outrora não teriam.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert - *Theorie der Grundrechte*. 5ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006.

ANDRADE, Cláudia – *Transição para a idade adulta: das condições sociais às implicações*

sociológicas. *Revista Análise Psicológica*. [sl]: Instituto Superior de Psicologia Aplicada. ISSN 1646-6020. V. 28, n.º 2 (2010), p. 255-267.

ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade - Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

BARRETO, António - Mudança social em Portugal, 1960/2000. [Em linha]. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2002. [Consult. 20 Jul. 2023]. Disponível em [http: < https://issuu.com/sonialima1/docs/004 >](http://issuu.com/sonialima1/docs/004).

BUTLER, Robert N. – Age-ism: another form of bigotry. *The Gerontologist*. Oxford: Oxford University Press. V. 9, issue 4, part 1 (December 1969), p. 243–246.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa anotada: arts. 1º a 107º. 4.ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8.

CAPUCHA, Luís. Envelhecimento e políticas sociais: novos desafios aos sistemas de proteção. Proteção contra o risco de velhice: que risco. *Revista do Departamento de Sociologia*. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto. ISSN 0872-3419. V. 15 (2005), p. 337-348.

CERDEIRA, Luísa [et al.] – A fuga de cérebros em Portugal: hipóteses explicativas. *Revista Brasileira de Política e Administração da Educação*. Goiânia: Associação Nacional de Política e Administração da Educação. ISSN 2447-4193. V. 31, n.º 2 (Maio/Agosto 2015), p. 409-418.

CHUEIRI, Vera Karam de - Before the law: philosophy and literature (the experience of that which one cannot experience). New York: New School University, 2004. 253 f. Tese de Doutoramento em Direito.

COMISSÃO ECONÓMICA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A REGIÃO DA EUROPA - 2017 Lisbon Ministerial Declaration. Lisboa: UNECE, 2017.

COSTA, Maria Arminda Mendes – Questões demográficas: repercussões nos cuidados de saúde e na formação dos enfermeiros. In *O idoso: problemas e realidades*. Coimbra: Formasau, 1999. ISBN 972-8485-07-7. p. 7-22.

DESPACHO n.º 12427/2016. *Diário da República II Série*, N.º 199 (17-10-16), p. 30783-30784.

DOUTOR, Catarina – Um olhar sociológico sobre os conceitos de juventude e de práticas culturais: perspectivas e reflexões. *Revista Última Década*. Chile: Centro de Estudios Sociales CIDPA. ISSN 0718-2236. N.º 45 (Dezembro 2016), p. 159-174.

ELIAS, Norbert – A solidão dos moribundos seguido de envelhecer e morrer. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001. ISBN 8571106169.

FERREIRA, Paulo Jorge – Porque é que os jovens emigram e não querem voltar? [Em linha]. [sl]: Público, 2016. [Consult. 20 Jul. 2023]. Disponível em <https://www.publico.pt/2016/09/08/sociedade/opiniao/porque-e-que-os-jovens-emigram-e-nao-querem-voltar-1743445>.

FERREIRA, Pedro Moura – Envelhecimento e direitos humanos. *Revista Conjectura*. Caxias do Sul: Editora da Universidade de Caxias do Sul. ISSN 0103-1457. V. 20, n.º especial (2015), p. 183-197.

FUNDAÇÃO FRANCISCO MANUEL DOS SANTOS. Base de Dados Portugal Contemporâneo PORDATA – População residente segundo os censos: total e por grandes grupos etários [Em linha]. Lisboa: PORDATA, 2015. [Consult. 22 Jul. 2023]. Disponível em

http:

<<https://www.pordata.pt/portugal/populacao+residente+segundo+os+censos+total+e+por+grandes+grupos+etarios-512>>.

ILMARINEN, Juhani – Promover o envelhecimento ativo no local de trabalho. [sl]: European Agency for Safety and Health at Work, 2012.

LEI n.º 7/2009. Diário da República I Série, N.º 30 (12-02-09), p. 926-1029.

LEITE, Jorge - O princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres no direito português. In Compilação de elementos para uma consulta especializada sobre igualdade de remuneração entre mulheres e homens. Lisboa: DGEEP, 2004. ISBN 972-704-252-X. p. 61-76.

MARQUES, Sibila – Discriminação da terceira idade. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011.

MESSY, Jack. A pessoa idosa não existe; trad. por José de Souza e Mello Werneck. São Paulo: Aleph; 1999.

MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional. 3ª ed. Vol. IV. Coimbra: Coimbra, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis - As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra, 2003.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – Rapport Mondial sur l'âgisme [Em linha]. [sl]: OMS, 2021. [Consult. 14 Jul. 2023]. Disponível em <<https://www.who.int/fr/publications/i/item/9789240020504>>.

_____ – Vieillir en restant actif: cadre d'orientation. Geneva: OMS, 2002.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO - OECD Skills Strategy Diagnostic Report: Portugal 2015. Paris: Directorate for Education and Skills, 2015.

PEDROSO, Paulo [et al.] – Acesso ao emprego e mercado de trabalho: formulação de políticas públicas no horizonte de 2013. Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2005.

PINTO, Lara Miguel Pereira – Gestão da mão de obra e idade dos trabalhadores: um estudo exploratório. Porto: Faculdade de Economia da Universidade do Porto, 2014. 120 f. Dissertação de Mestrado em Economia e Gestão de Recursos Humanos.

PORTUGAL - Constituição da República Portuguesa. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6809-1.

_____ – Ano Europeu do envelhecimento ativo e da solidariedade entre gerações: programa de ação 2012. [sl]: [sn], 2012.

_____. Instituto de Emprego e Formação Profissional – Medidas de apoio [Em linha]. [sl]: IEFP, 2017. [Consult. 18 Jul. 2023]. Disponível em <<https://www.iefp.pt/apoios>>.

_____. Instituto Nacional de Estatística – Projeções de população residente 2015 – 2080 [Em linha]. [sl]: Serviço de Comunicação e Imagem, 2017. 19 p.

_____. Portal da Juventude – Garantia jovem [Em linha]. [Consult. 28 Jul. 2023]. [sl]: Portal da Juventude, 2017. Disponível em <https://juventude.gov.pt/Emprego/Garantia-Jovem/Paginas/Garantia-Jovem.aspx#IpjTitle1>.

_____. Provedor de Justiça - Discriminação infundada no acesso ao emprego em função da idade, sexo e/ou património genético [Em linha]. Lisboa: Provedoria de Justiça, 2017. [Consult. 20 Jul. 2023]. Disponível em <http://www.provedor-jus.pt/?action=5&idc=68&idi=1241>.

RESOLUÇÃO DO CONSELHO DE MINISTROS n.º 63/2015. Diário da República I Série, N.º 165 (25-08-15), p. 6280-6289.

RESOLUÇÃO DO CONSELHO DE MINISTROS n.º 104/2013. Diário da República I Série, N.º 253 (31-12-13), p. 7049-7055.

RESOLUÇÃO DO CONSELHO DE MINISTROS n.º 76/2016. Diário da República I Série, N.º 229 (29-11-16), p. 4232-4232.

SILVA, Virgílio Afonso da - Direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Pedro Adão e; PEREIRA, Mariana Trigo – As políticas de proteção no desemprego em Portugal. Sociologia, Problemas e Prática. [sl]: Mundos Sociais. ISSN: 0873-6529. N.º 70 (Dezembro 2012), p. 133-150.

SLUZKI, Carlos E. - A rede social na prática sistêmica: alternativas terapêuticas. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1997.

UNIÃO EUROPEIA. Agência Europeia para a Segurança e Saúde no Trabalho – Campanhas locais de trabalho seguros e saudáveis [Em linha]. [sl]: EU-OSHA, 2017. [Consult. 29 Jul. 2023]. Disponível em <<https://osha.europa.eu/pt/healthy-workplaces-campaigns>>.

_____. Parlamento Europeu; Conselho da União Europeia; Comissão Europeia – Carta dos direitos fundamentais da União europeia [Em linha]. [sl]: Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 2000. [Consult. 18 Jul. 2023]. Disponível em http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf.

_____. Conselho da União Europeia - Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional [Em linha]. Bruxelas: Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 2000. [Consult. 18 Jul. 2017]. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0078&from=PT>>.

Método para Identificar e Demonstrar a *Ratio Decidendi* dos Precedentes Judiciais

Method for Identifying and Demonstrating the Ratio Decidendi of Judicial Precedents

Marcelo Lamy¹

Danilo de Oliveira²

Sumário: Introdução. 1. Método proposto por Wambaugh. 2. Método proposto por Goodhart. 3. Método proposto por Cross e Harris. Considerações finais. Referências.

Resumo: Como identificar as razões de decidir utilizadas em precedentes judiciais com maior precisão. **Problema:** a normativa vigente é lacunosa nesse aspecto, não estabelece orientação para esse processo de identificação, e a doutrina apresenta diversas soluções. **Objetivos:** identificar, compreender e verificar a adaptabilidade ao contexto brasileiro dos métodos de descoberta da *ratio decidendi* propostos por Wanbaugh, Goodhart, Cross e Harris. **Metodologia:** a presente pesquisa ancorou-se em documentação indireta, bibliográfica e restrita a obras desses autores ou que os analisaram, valendo-se do método da revisão integrativa ou crítica-narrativa. **Resultados:** O teste invertido de Wanbaugh desvela-se útil para identificar a razão necessária, mas ineficaz para apontar o porquê disso. O método de Goodhart é adequado para buscar o que pode ser considerado relevante. O método de Cross e Harris é desvelador de razões persuasivas e incita o problema das decisões majoritárias. **Considerações finais:** propõe-se um método de mapeamento das razões de decidir adaptado às decisões colegiadas majoritárias.

Palavras-Chave: Razão de decidir; Razão Relevante; Razão Persuasiva; Decisão Uniforme.

Abstract: How to identify the reasons for decision used in judicial precedents more accurately. **Problem:** the current regulations are lacunose in this respect, do not establish guidance for this identification process, and the doctrine presents several solutions. **Objectives:** to identify, understand and verify the adaptability to the Brazilian context of the ratio decidendi discovery methods proposed by Wanbaugh, Goodhart, Cross and Harris. **Methodology:** the present research was anchored in indirect documentation, bibliographic and restricted to works by these authors or that analyzed them, using the integrative or critical-narrative review method. **Results:** Wanbaugh's inverted test proves to be useful to identify the necessary reason, but ineffective to point out the why of it. Goodhart's method is suitable for searching for what can be considered relevant. Cross and Harris' method is unveiling persuasive reasons and inciting the problem of majority decisions. **Final considerations:** a method of mapping the reasons for deciding is proposed, adapted to majority collegiate decisions.

Keywords: Reason for decision; Relevant reason; Persuasive reason; Uniform decision.

¹ Vice Coordenador e professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Saúde e do Curso de Direito da Universidade Santa Cecília – UNISANTA. Professor da ESAMC-Santos (BRASIL). Pós-doutorando do PPG em Políticas Públicas em Saúde (FIOCRUZ/Brasília). Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Administrativo pela Universidade de São Paulo (USP). Link para curriculum lattes: <http://lattes.cnpq.br/9347562683746206>. E-mail: marcelolamy@unisanta.br.

² Coordenador do Núcleo de Pesquisa e Produção Científicas, professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Saúde da Universidade Santa Cecília – UNISANTA (BRASIL). Mestre e Doutor em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Link para curriculum lattes: <http://lattes.cnpq.br/3723945568020549>. E-mail: danilooliveira@unisanta.br.

Introdução

O presente estudo analisa de que forma as razões de decidir utilizadas em precedentes judiciais podem ser identificadas com maior precisão e, conseqüentemente, serem bem utilizadas em decisões futuras³.

O sistema brasileiro de precedentes judiciais, inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), atribui efeitos extraprocessuais fortes – persuasivos, preceptivos ou vinculantes – para a *ratio decidendi* de decisões judiciais anteriores, especialmente para as elencadas no artigo 927 do CPC/2015, que são consideradas de observação obrigatória.

Para as decisões proferidas sob a sistemática dos repetitivos ou com repercussão geral, os tribunais superiores agregam uma tese fixada que auxilia a compreensão das respectivas razões de decidir, mas não necessariamente as traduzem com o tecnicismo necessário. Para as demais espécies de decisões, não há qualquer determinação normativa sobre como identificar a *ratio decidendi*.

Somente a doutrina debruçou-se sobre essa questão, mas os autores considerados referência nessa temática (Wanbaugh⁴, Goodhart⁵, Cross e Harris⁶), não chegaram a um modelo uniforme.

Em razão disso, nessa pesquisa, objetivou-se identificar e compreender os métodos de descoberta da *ratio decidendi* mais referenciados, quais sejam: o teste da razão invertida proposto por Wanbaugh; as seis regras para identificar o relevante apresentadas por Goodhart e os aportes complementares sugeridos por Cross e Harris.

Apoiados nessas soluções – que podem ser consideradas as mais bem produzidas pela doutrina até os dias atuais –, o presente estudo visou apresentar um método adaptado ao contexto brasileiro atual.

A presente pesquisa se desenvolveu ancorada na doutrina, ou melhor, em um conjunto pequeno de obras e textos científicos publicados pelos quatro autores identificados como referência, bem como em um conjunto de obras e textos científicos que fazem críticas

³ O presente texto é uma síntese de parte dos resultados parciais do projeto de pesquisa desenvolvido pelos autores sobre o Sistema de precedentes judiciais no Brasil. Desse projeto, vieram a lume os seguintes textos científicos: (1) “Fundamentos para a racionalidade vinculante de precedentes judiciais no Brasil”, (2) “A hermenêutica dos precedentes judiciais no Brasil”, (3) “A racionalidade vinculante de precedentes judiciais no Brasil sob a luz das técnicas de seguimento”, (4) “A racionalidade vinculante de precedentes judiciais no Brasil sob a luz das técnicas de não-seguimento”, (5) “Uma análise jurídica do rol de precedentes do art. 927, do Código de processo civil brasileiro, sob a luz das escolas minimalista e maximalista”, (6) “Efeitos persuasivo, preceptivo e vinculante dos precedentes judiciais, sob a luz das normas jurídicas vigentes no Brasil”.

⁴ Cf. WANBAUGH, Eugene. *The study of cases*. 2a ed. Boston: Little, Brown and Company, 1894.

⁵ Cf. GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*. *The Yale Law Journal*, vol. 40, no. 2, 1930, pp. 161–83.

⁶ Cf. CROSS, Rupert; WARRIS, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Trad. Maria Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012.

às propostas deles. O material encontrado foi analisado valendo-se da técnica da revisão crítico-narrativa⁷. Em outras palavras, resumindo o pensamento dos autores consultados e estabelecendo a crítica dialógica entre eles e com os autores do presente trabalho.

Do ponto de vista filosófico ou geral de abordagem, a presente pesquisa ampara-se no estruturalismo hermenêutico⁸. Pelo matiz estruturalista, identificamos o que há de permanente nos autores consultados (consensos estáveis), os métodos sugeridos que permaneceram ao longo do tempo. Pelo matiz hermenêutico, identificamos os elementos circunstanciais, que justificam as peculiaridades de cada autor e a adaptabilidade dos métodos que sugeriram ao contexto processual brasileiro.

1 Método Proposto por Wambaugh

Partindo do pressuposto de que *ratio decidendi* é uma “regra de caráter geral” integrada por um conjunto de “premissas” (cada uma, compendiando uma ideia considerada verdadeira) que são conectadas (conexão lógica ou argumentativa) para suportar uma ilação ou conclusão de justiça – ou seja, a declaração ou a constituição de um direito; Eugene Wambaugh, no final do século XIX, propôs um teste silogístico para verificar quais foram as premissas efetivamente consideradas para a conclusão judicial, o teste invertido⁹.

Primeiro: identifique a ou as premissas – fáticas ou jurídicas – que poderiam ser consideradas (porque mencionadas no voto condutor) como passos lógicos da conclusão (premissas que tem a potencialidade de integrar a *ratio*). Segundo: insira na premissa identificada (Wambaugh prefere a expressão proposição) uma palavra que inverta o seu significado. Terceiro: verifique se a premissa invertida alteraria ou não a decisão, a conclusão judicial. Quarto: se a conclusão judicial ficar alterada, trata-se de uma premissa que integra a *ratio*; se a conclusão não ficar alterada, o argumento pode ser belo, mas não integra a *ratio*, será um mero *dictum*.

O teste invertido de Wambaugh é útil para identificar, nos casos que resolveram apenas uma questão jurídica, a regra ou proposição de direito de caráter geral sem a qual o caso teria sido decidido de outra maneira, mas é muito mais útil e válido para determinar que

⁷ Cf. LAMY, Marcelo. Metodologia da Pesquisa: técnicas de investigação, argumentação e redação. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Matrioska Editora, 2020, pp. 337-340.

⁸ Cf. LAMY, Marcelo. Metodologia da Pesquisa: técnicas de investigação, argumentação e redação. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Matrioska Editora, 2020, pp. 315-316 e 320-321.

⁹ Cf. WANBAUGH, Eugene. The study of cases. 2a ed. Boston: Little, Brown and Company, 1894, p. 17. No original: “Yet by experiment even the beginner can determine whether it is possible for a given proposition of law to be involved in a given case. In order to make the test, let him first frame carefully the supposed proposition of law. Let him then insert in the proposition a word reversing its meaning, the decision could have been the same. If the answer be affirmative, then, however excellent the original proposition, but if the answer be negative the case is a precedent for the original proposition and possibly for other propositions also.”

proposições não fazem parte da razão de decidir¹⁰. Ocorre que esse método não desvela porque cada premissa é necessária (apenas que é necessária para a ilação que se fez), não evidencia se as premissas identificadas são efetivamente suficientes¹¹.

De outro lado, o teste invertido pode levar a conclusões equivocadas naqueles casos em que há duas ou mais premissas que isoladamente levam a mesma conclusão, naqueles casos em que há razões concorrentes que são, cada uma, suficientes para justificar a mesma conclusão.

2 Método Proposto por Goodhart

Goodhart também parte do pressuposto de que *ratio decidendi* é uma “regra abstrata”¹², ou seja, uma “regra de caráter geral”. Para o caso em que surgiu, é o fundamento específico da decisão e tem força obrigatória para as partes; mas, para os casos seguintes, é considerada uma razão abstrata, e disso advém a sua força para o Direito¹³.

Goodhart, no princípio do século XX, desenhou um método voltado para identificar tudo o que efetivamente foi considerado relevante ou irrelevante (razões fáticas e jurídicas) para construir a decisão judicial, pois é esse conjunto preciso que delinea o que pode ser considerado precedente (e, no caso, os fundamentos da decisão para as partes).

Se, em um novo caso, uma premissa desvela-se relevante, mas ela simplesmente não foi considerada no precedente, esvai-se a força do precedente. Da mesma forma, se uma premissa foi considerada relevante no precedente, mas parece não ser relevante em um novo caso, esvai-se a força do precedente.

Em outras palavras, a força do precedente está condicionada à determinação exata do que é expressamente considerado relevante e do que é expressamente considerado irrelevante.

O método de Goodhart depende de seis etapas, três negativas e três positivas.

As três primeiras estão voltadas a corrigir a análise do estudioso do caso, para que ele não se engane – são alertadas sobre onde pode não estar a *ratio decidendi*. São uma espécie de

¹⁰ Cf. CROSS, Rupert; WARRIS, J. W. El precedente en el derecho inglés. Trad. Maria Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 79.

¹¹ Cf. CROSS, Rupert; WARRIS, J. W. El precedente en el derecho inglés. Trad. Maria Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 76-79.

¹² No mesmo sentido: MAGALONI KERPEL, Ana Laura. El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano. Madrid: McGraw-Hill Interamericana, 2001.

¹³ No original: “The concrete decision is binding between the parties to it, but is the abstract ratio decidendi which alone has the force of law as regards the world at large.” (GOODHART. Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. The Yale Law Journal, vol. 40, no. 2, 1930, p. 161).

pars destruens, uma conscientização do que temos que superar, como fez Francis Bacon em sua obra *Novum Organum* para superar a Metafísica¹⁴.

A primeira observação, em nosso ver, é uma crítica aos maximalistas: pode ser inútil procurar a *ratio* na fundamentação apresentada para a decisão, pois podem não corresponder às verdadeiras razões da decisão¹⁵. Em paralelo a esse alerta, é relevante indicar: não é toda razão apresentada nos votos que funda a decisão¹⁶.

A segunda, em nosso ver, é um alerta aos minimalistas (com os quais Goodhart tem afinidade): pode também ser inútil procurar a *ratio* na regra de decisão do caso, pois pode estar formulada de modo muito amplo ou muito estreito¹⁷.

A terceira é uma crítica explícita à posição de Oliphant, amplamente acolhida quando Goodhart escreveu sua obra¹⁸: não necessariamente se descobre a *ratio decidendi* examinando os fatos do caso e a decisão prolatada¹⁹.

As três últimas são orientações positivas para o estudioso do caso, para que ele perceba onde está a *ratio decidendi*. São a *pars construens* de Goodhart (para continuar o paralelo com a proposta de Francis Bacon, que construiu em nosso pensar o método empírico observacional).

A primeira, que a *ratio decidendi* pode ser encontrada tomando em conta os fatos considerados pelo juiz como relevantes e a decisão do juiz baseando-se nesses fatos considerados relevantes; pois, é pela eleição do relevante que o juiz cria a solução. Em outras palavras, o primeiro passo positivo para a determinação da *ratio decidendi* de um precedente é o apuramento dos fatos materiais em que o juiz baseou a sua conclusão²⁰.

¹⁴ Cf. BACON, Francis. *Novum Organum* ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza. Trad. José Aluysio Reis de Andrade. SP: Victor Civita, 1973.

¹⁵ No original: “the first rule for discovering the *ratio decidendi* of a case is that it must not be sought in the reasons on which the judge has based his decision.” (GOODHART. Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, vol. 40, no. 2, 1930, p. 164).

¹⁶ Cf. CROSS, Rupert; WARRIS, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Trad. Maria Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 91.

¹⁷ No original: “The principle of the case cannot necessarily be found in the rule of law enunciated, for it is not infrequent to find that, although the judges may concur in the result, they differ widely in their statements of the law.” (GOODHART. Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, vol. 40, no. 2, 1930, p. 167).

¹⁸ Para Oliphant, desnecessária seria a análise das opiniões expressadas no voto, bastaria delinear os fatos do caso e a decisão proferida. (Cf. CROSS, Rupert; WARRIS, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Trad. Maria Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 89).

¹⁹ Cf. GOODHART. Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, vol. 40, no. 2, 1930, pp. 168-169.

²⁰ No original: “The first and most essential step in the determination of the principle of a case is, therefore, to ascertain the material facts on which the judge has based his conclusion.” (GOODHART. Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, vol. 40, no. 2, 1930, p. 169).

Identificar os fatos relevantes não é tarefa fácil, pois o julgador, em regra, não rotula quais são os fatos relevantes. Apenas o juiz que está seguro e convicto da justiça de sua decisão, que diz "com base nos factos A e B e apenas neles, chego à conclusão X". O juiz cauteloso inclui na sua opinião fatos que não são essenciais, deixando que as gerações futuras determinem se esses fatos constituem ou não uma parte da *ratio decidendi*.

Por outro lado, a *ratio decidendi* está condicionada aos fatos considerados como relevantes pelo julgador. Mesmo que o julgador os tenha deturpado (o que é grave para o caso, mas irrelevante para o precedente), é dos fatos tal como vistos pelo julgador²¹, que se baseia o julgamento.

Goodhart não apresenta regras precisas para que possamos isolar os fatos materiais relevantes. Mas dá duas sugestões que podem ser úteis ao estudioso do caso. São as duas últimas orientações.

A segunda orientação positiva é a de que o estudioso do caso deve considerar irrelevante todos os fatos relacionados a pessoas, tempo, lugar, classe e quantidade; salvo se declarados expressamente como relevantes. Isto porque, em regra, a lei é a mesma para todas as pessoas, em todos os momentos e em todos os lugares²².

A terceira orientação positiva é a de que o estudioso do caso deve considerar um mero *dictum* toda conclusão ancorada em fatos hipotéticos (fatos que não foram apresentados no caso, que são simplesmente imaginados durante o debate judicial).

O leitor já deve ter percebido, mas isso não dispensa o alerta: Goodhart concentra todos os seus olhares, toda sua proposta sobre a identificação dos fatos relevantes. Deixou de sopesar, e essa foi a crítica que recebeu de muitos²³, os elementos argumentativos que condicionam a *ratio decidendi*.

De qualquer forma, as seis regras permitem – observando o discurso da manifestação judicante – ultrapassar a superficialidade das razões expostas e da regra de decisão utilizada, instigam o estudioso a buscar o que foi considerado verdadeiramente relevante.

3 Método Proposto por Cross e Harris

²¹ Cf. CROSS, Rupert; WARRIS, J. W. El precedente en el derecho inglés. Trad. Maria Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 76-79.

²² Para entender porque determinado juiz considerou determinado fato relevante ou irrelevante, é preciso conhecer também que Direito o juiz tem em mente, que circunstâncias poderiam ter influenciado essa consideração. (Cf. GOODHART. Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, vol. 40, no. 2, 1930, p. 94).

²³ Cf. SORIANO, Leonor Moral. El precedente judicial. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2002.

Em primeiro plano, é relevante destacar o alerta feito por Cross e Harris no que diz respeito a não se destacar todo e qualquer *dictum*, pois há determinadas afirmações judiciais que tecnicamente são *dicta*, mas são muito relevantes para o sistema de precedentes, notadamente se temos em conta seus efeitos persuasivos.

Afirmações feitas sobre fatos ou suposições não apresentadas no caso são *dicta*. Mas, pode haver pronunciamentos judiciais conscientes em relação a um ponto plenamente argumentado, que são *dicta* para o caso, mas deveriam ser considerados outra coisa quando a decisão é estudada como precedente, especialmente se ficar claro que seriam parte da *ratio* do caso se os fatos estivessem presentes. Para essa espécie de *dicta*, os autores sugerem o nome de “*dicta judicial*”²⁴ e se lhes recomenda uma posição intermediária entre os *dicta* e a *ratio*.

De outro lado, na interpretação dos precedentes, pode ocorrer que futuras interpretações coincidam em entender que algum argumento que suporta a *ratio* do precedente tenha sido apresentado de maneira muito ampla, que é preciso restringir o argumento fundante da *ratio*. A parte lógica retirada do argumento do precedente é considerada um “*obiter ex post facto*”²⁵. Esse tipo de *obiter dicta* também não pode ser descartado pelo estudioso dos precedentes.

Feitos esses destaques, voltemos nossa atenção para aquilo que Cross e Harris foram inovadores, em apresentar regras para a investigação da *ratio decidendi* de decisões colegiadas não-unânicas (ou seja, majoritárias-uniformes ou majoritárias-plurais).

Nas decisões majoritárias, apenas no voto condutor e nos votos concorrentes é que se pode buscar a *ratio decidendi*. Devem ser ignoradas, portanto, as razões dos votos discordantes. Mais ainda, as razões presentes nos votos concorrentes que forem diversas das razões do voto condutor, não de ser consideradas como *dicta* e não como *ratio*²⁶.

Cross e Harris, enfim, apontam a necessidade de diferenciar os argumentos que devem ser considerados em níveis de persuasividade, notadamente quando configurados os institutos do *dicta judicial* ou do *obiter ex post facto*, apontam o cuidado que se deve ter para constatar a *ratio* em decisões não-unânicas²⁷.

²⁴ Cf. CROSS, Rupert; WARRIS, J. W. El precedente en el derecho inglés. Trad. Maria Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 106.

²⁵ Cf. CROSS, Rupert; WARRIS, J. W. El precedente en el derecho inglés. Trad. Maria Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 106.

²⁶ Cf. CROSS, Rupert; WARRIS, J. W. El precedente en el derecho inglés. Trad. Maria Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 110-111.

²⁷ A normativa processual brasileira possui mecanismo para evitar que as decisões colegiadas não sejam unânicas, a do julgamento ampliado (artigo 942 do CPC/2015: “Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores...”). Ocorre que esse mecanismo não garante que o julgamento ampliado deixe de poder ser majoritário e plural.

Considerações Finais

Os posicionamentos clássicos estudados nessa investigação, de forma isolada, não resolvem completamente como identificar e interpretar as razões de decidir das decisões judiciais anteriores, especialmente se as queremos estudar como precedentes.

Razão pela qual, a título de considerações finais e não de conclusão, apresentamos uma adaptação abarcante e compreensiva desses métodos, sugerindo o método que nos parece ser conveniente para se adotar nos tribunais e pelos operadores do Direito no Brasil.

Em síntese, propõem-se o mapeamento, em cada decisão precedente que se resolva estudar, dos seguintes elementos:

(A) Argumentos fáticos do caso considerados relevantes pelo juízo (não se trata de mapear todos os fatos apresentados no caso; sendo preciso descartar aqueles que por natureza são irrelevantes, salvo manifestação expressa em contrário, e aqueles que não passem no teste invertido);

(B) Argumentos fáticos contextuais que foram considerados relevantes, de forma consciente ou severamente debatida, pelo juízo (*dicta judicial*);

(C) Argumentos fáticos de viés hipotético imprescindíveis para o entendimento lógico ou silogístico da decisão;

(D) Argumentos jurídicos – princípios e regras normativas – que foram objeto de interpretação e destacados como relevantes pelo juízo (não se trata de mapear todos os argumentos jurídicos apresentados no caso; sendo preciso descartar aqueles que não passem no teste invertido);

(E) Argumentos jurídicos amplos de outros casos invocados pelo juízo e que foram restringidos por ele no caso em análise (*obiter ex post facto*)

Feito esse mapeamento, nas decisões colegiadas majoritárias, é preciso tabular as concordâncias e dissonâncias exaradas no voto condutor e nos votos concorrentes. Cada um dos fundamentos fáticos e jurídicos considerados relevantes pela maioria pode ser considerado parte da proposição jurídica, da *ratio decidendi*. As razões presentes nos votos concorrentes que forem diversas das razões do voto condutor, hão de ser consideradas como *dicta* e não como *ratio*.

Se a maioria é uniforme nas razões de decidir, podemos reconhecer uma *ratio* com efeitos vinculantes ou preceptivos. Se a maioria é plural nas razões de decidir, devíamos reconhecer uma *ratio* com efeitos meramente persuasivos.

Referências

- BACON, Francis. *Novum Organum* ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza. Trad. José Aluysio Reis de Andrade. SP: Victor Civita, 1973.
- BRASIL. Congresso Nacional. Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 28.12.2022.
- CROSS, Rupert; WARRIS, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Trad. Maria Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, vol. 40, no. 2, 1930, pp. 161–83.
- LAMY, Marcelo. *Metodologia da Pesquisa: técnicas de investigação, argumentação e redação*. 2ª ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Matrioska Editora, 2020.
- MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana, 2001.
- SORIANO, Leonor Moral. *El precedente judicial*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2002.
- WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases*. 2a ed. Boston: Little, Brown and Company, 1894.

Startups no Brasil: (In)Eficiência da Promoção da Inovação Aberta Sob a Perspectiva da Nova Economia Institucional

*Startups in Brazil: (in)efficiency of Promoting Open Innovation from the Perspective of the New
Institutional Economics*

Marcia Carla Pereira Ribeiro¹

Weimar Freire da Rocha Jr.²

Letícia Marinhuk³

Sumário: 1. A Nova Economia Institucional e o papel das instituições e das organizações. 2. Startups no Brasil. 3. Inovação e Inovação Aberta: breves reflexões. 4. Considerações Finais.

Resumo: O estudo tem por propósito apresentar reflexões acerca do papel das instituições e das organizações brasileiras na promoção da inovação aberta no Brasil, sob a perspectiva da Nova Economia Institucional. Para tanto, vale-se do método lógico-dedutivo aplicado à revisão de trabalhos doutrinários para, a partir de problemáticas gerais, aferir os particulares. Da análise realizada, por se tratar de inovação, as instituições exercem importante papel regulador nas atividades desempenhadas pelas organizações, permitindo que as interações entre estas últimas ocorram com menos incertezas. Ao mesmo tempo, as organizações, ao se tornarem sujeitos de interação com agentes de outros países do globo, influenciam a mudança das práticas institucionais sob o ímpeto de assegurar a sua competitividade, tanto no mercado nacional, quanto no cenário internacional. A inovação não possui fronteiras, tampouco fórmula única. Reinventa-se dia após dia com base nas oportunidades verificadas a partir das demandas do mercado. É neste contexto de oportunidades e demandas que se insere a abordagem da inovação aberta, pela qual organizações, dentro das suas competências, exercem um fluxo de troca de conhecimentos para cada qual transformar as suas ideias em produtos e serviços e, assim, atenderem de forma ágil às deficiências do mercado. Pretende-se, a partir da inovação aberta, reduzir os custos da inovação, compartilhar os riscos a ela inerentes, maximizar a atividade da pesquisa & desenvolvimento interno e, até mesmo, criar fontes de receita. Ao mesmo tempo, a inovação aberta também não está isenta de dilemas, a exemplo da propriedade intelectual na relação universidade-empresa, da burocracia entre os acordos de cooperação entre entes públicos e privados e da assimetria de informações existente entre grandes e pequenas empresas. Neste aspecto, podem ser caminhos a serem trilhados a educação empreendedora em incubadoras, aceleradoras, ambientes de inovação, assim como em Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação, passando pelo incentivo público e privado à realização de *hackatons* e *crowdsourcings* que destaquem talentos, até se chegar no sempre necessário alinhamento claro e preciso dos direitos, obrigações, prazos e expectativas em torno de cada projeto a ser desenvolvido e executado sob esta metodologia.

Palavras-chave: startup; empresa; inovação aberta; nova economia institucional.

¹ Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professora Titular de Direito Societário na Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Professora Titular de Direito Empresarial na Universidade Federal do Paraná. mcarlaribeiro@uol.com.br

² Doutor em Engenharia de Produção pela Universidade Federal de Santa Catarina. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional e Agronegócio da Universidade Estadual do Oeste do Paraná. wrochajr2000@gmail.com

³ Mestranda em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. LL.M. em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. marinhuk@bonamigomenin.com.br

Abstract: The purpose of this study is to present reflections on the role of Brazilian institutions and organizations in promoting open innovation in Brazil, from the perspective of the New Institutional Economics. It is used the logical-deductive method applied to the revision of doctrinal works to, from general problems, assess the particular ones. From the analysis carried out, when it comes to innovation, institutions play an important regulatory role in the activities carried out by organizations, allowing the interaction between the latter to occur with less uncertainty. At the same time, organizations, by becoming subjects of interaction with other countries around the world, influence the change in institutional practices under the impetus of ensuring their competitiveness both in the national market and in the international scenario. Innovation has no borders, nor a single formula. It reinvents itself day after day based on opportunities verified from market demands. It is in this context of opportunities and demands that the open innovation approach is inserted, whereby organizations, within their competences, exercise a flow of knowledge exchange for each one to transform their ideas into products and services and, thus, agile to the “pains of the market”. It is intended, from open innovation, to reduce the costs of innovation, share the risks inherent to it, maximize the activity of internal research & development and even create sources of income. At the same time, open innovation is also not exempt from dilemmas, such as intellectual property in the university-company relationship, the bureaucracy between cooperation agreements between public and private entities and the asymmetry of information existing between large and small companies. In this regard, entrepreneurial education in incubators, accelerators, innovation environments, as well as in Scientific, Technological and Innovation Institutions, including public and private incentives for carrying out hackathons and crowdsourcing that highlight talent, can be paths to be followed. Arrive at the always-necessary clear and precise alignment of rights, obligations, deadlines and expectations around each project to be developed and executed under this methodology.

Key-words: startup; company; open innovation; new institutional economics.

1. A Nova Economia Institucional e o Papel das Instituições e das Organizações

Sob a pretensão de alargar os estudos até então desenvolvidos no âmbito da Teoria Econômica Neoclássica, a Nova Economia Institucional (NEI), a partir da década de 1970, debruçou-se sobre abordagem diferenciada daquelas até então exploradas. O intuito dos estudiosos era melhor compreender o comportamento dos agentes e as suas implicações para o desempenho do mercado e, para isso, tomaram as instituições como um de seus principais, senão o principal, objeto de pesquisa.⁴

Isso porque, segundo Douglass S. North, é dificilmente controverso o fato de as instituições afetarem o desempenho das economias, assim como é incontroverso que o desempenho das economias ao longo do tempo é influenciado pela forma como as instituições evoluem.⁵ Malgrado tais constatações, pode-se afirmar que, até aquele momento,

⁴ BATTESINI, Eugenio. Douglass C. North. *In*: KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria Fadel (org.). Análise econômica do direito: principais autores e estudos de caso. Curitiba: Editora CRV, 2019. p. 85-91.

⁵ NORTH, Douglass C. Institutions, institutional change and economic performance. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. p. 3.

não existia uma estrutura analítica que observasse o papel das instituições com tamanho relevo.

Para a NEI, as instituições são um guia para a interação humana. Ao fornecerem uma estrutura comportamental com alguma previsibilidade, seriam as responsáveis por reduzir as incertezas próprias de toda a sorte de relações, seja definindo, seja restringindo o conjunto das escolhas dos indivíduos. Nas palavras de Newton Paulo Bueno, a principal proposição da NEI é que “as instituições de uma sociedade se formam por meio de complexos processos de negociação entre indivíduos e grupo de indivíduos, de modo a reduzir os custos de transação”.⁶

Esta estrutura comportamental alicerçada nas instituições também pode ser concebida como um conjunto de regras. Tais regras, por sua vez, subdividem-se em instituições formais e informais e exercem influência uma sobre a outra no arranjo de incentivos ou desincentivos nas trocas políticas, sociais, econômicas, entre outras.

As instituições formais podem ser definidas como as regras escritas inventadas pelos seres humanos e representadas por leis, normas, regulamentos, estatutos sociais e contratos. Há, nelas, um poder coativo. Já as instituições informais referem-se a códigos de comportamento tipicamente não escritos, a exemplo dos princípios éticos, hábitos de consumo, aspectos culturais, tabus e outros. Ambas, instituições formais e informais, não são regras fixas, de tal maneira que o que é tido como válido em um determinado espaço geográfico pode assim não ser em outro, ainda que a poucos quilômetros de distância.

Neste aspecto, é possível afirmar que, para além de estruturar as trocas humanas, é também papel das instituições proporcionar segurança para que os agentes possam realizar transações com menos incertezas. De acordo com Weimar Freire da Rocha Junior, a forma “como as instituições se comportam, como se relacionam e de que maneiras estão arranjadas na sociedade é o que caracteriza a eficiência, ou não, do sistema econômico”.⁷ Quanto menores forem as incertezas, maior será a eficiência de um mercado.

Em complementação, conforme a teoria de North, uma parte fundamental do funcionamento das instituições é o custo de apurar as violações e a severidade das punições, levando-se em consideração que a existência de regras não significa por si só a garantia de

⁶ BUENO, Newton Paulo. Possíveis contribuições da nova economia institucional à pesquisa em história econômica brasileira: uma releitura das três obras clássicas sobre o período colonial. *Estudos Econômicos*, São Paulo, V. 34, N. 4, p. 777-804, out./dez. 2004. p. 778.

⁷ ROCHA JÚNIOR, Weimar Freire. Análise do agronegócio da erva-mate com o enfoque da nova economia institucional e o uso da matriz estrutural prospectiva. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001. p. 22.

que não poderão ser desrespeitadas.⁸ Isto é: o funcionamento do mercado, por si só, acarreta custos de transação e o desrespeito às instituições ocasiona um incremento a estes custos. Quanto maiores os custos de transação, menor será a eficiência de um mercado.

A NEI também alicerça o seu objeto de estudo no papel das organizações. Estas, tal como as instituições, organizam as interações humanas, porém de maneira distinta. Tratam-se de estruturas formais que possuem propósitos explícitos, mas que, ao mesmo tempo, estão sujeitas ao ambiente regulado pelas instituições. Desse modo, na comparação de North, as instituições representam as “regras do jogo” enquanto as organizações, os “jogadores”.

Igualmente, pode-se afirmar que as organizações são compostas por uma combinação intencional de pessoas e de recursos com o propósito de cooperar, partindo da premissa de que indivíduos que unem as suas habilidades obtêm resultados mais eficientes do que se agissem individualmente.⁹ São exemplos de organizações estruturas políticas (partidos políticos, Senado, Câmara dos Deputados), econômicas (empresas, sindicatos, cooperativas) sociais (igrejas, associações) e educacionais (escolas, universidades), dentre inúmeras outras.

É necessário, portanto, considerar que, se de um lado, a existência e a evolução das organizações são diretamente impactadas pelo ambiente institucional, de outro, as organizações também exercem influência sobre a mudança do quadro institucional. As organizações, para North, representam os agentes de mudança institucional.

Nesse aspecto, North afirma que o processo de mudança é predominantemente incremental, isto é, ocorre mediante ajustes à margem daquilo que constitui o quadro institucional. Uma das hipóteses para tanto seria a constante busca de estabilidade, embora saiba-se muito pouco acerca das razões que, nas mais diversas ordens, ocasionam o ímpeto de mudança. É possível afirmar que o elemento balizador entre a estabilidade e a mudança seria o chamado equilíbrio institucional, caracterizado por “uma situação em que, dada a força de barganha dos atores e o conjunto de barganhas contratuais que compõem a troca econômica total, nenhum dos atores acharia vantajoso dedicar recursos para reestruturar acordos”¹⁰. Sem prejuízo, o quadro institucional também está sujeito às chamadas mudanças descontínuas, entendidas como modificações radicais nas regras formais. Estas, por sua vez,

⁸ NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. p. 4.

⁹ STRASSBURG, Udo; OLIVEIRA, Nilton Marques de; ROCHA JÚNIOR, Weimar Freire. Revisitando o conceito da nova economia institucional (NEI). *PRACS: Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP, Macapá*, V. 12, N. 2, p. 57-74, jul./dez. 2019. p. 61-63.

¹⁰ NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. p. 93.

resultam normalmente de conquistas ou revoluções.¹¹

Uma das hipóteses para a mudança institucional seria a busca por retornos cada vez maiores diante da existência de mercados com expressivos custos de transação. Segundo North, as instituições não teriam sentido em mercados altamente competitivos nos quais não há retornos crescentes para elas. Em contrapartida, com retornos crescentes, as instituições passariam a ser relevantes e assumiriam o papel de moldar a longo prazo as economias, desde que, contudo, os mercados sequentes sejam competitivos ou se aproximem de um formato com nenhum ou poucos custos de transação.¹²

Sendo assim, os instrumentos imediatos de mudança institucional seriam os empresários que, como regra, buscam maximizar lucros, preferencialmente a curto prazo. A mudança econômica a longo prazo representaria, portanto, uma consequência das diversas decisões de curto prazo tomadas pelos referidos empresários e a performance econômica dos mercados seria, então, moldada a partir da junção destes fatores.

Feitas as considerações acima, passa-se ao estudo das startups no Brasil no intuito de melhor compreender as regras institucionalizadas no ordenamento jurídico brasileiro acerca destas organizações.

2. Startups no Brasil

O termo *startup* refere-se a um estrangeirismo incorporado na língua portuguesa. Etimologicamente, do inglês, significa começar, a fim de representar a reunião de pessoas investindo seus esforços em prol de uma ideia inovadora, repetível, escalável e com potencial lucrativo, sem, porém, possuir qualquer garantia de retorno.

Não existe uma definição única para ele, mas sim diversas concepções que variam conforme o olhar do observador, sendo provável que empreendedores, juristas, economistas, engenheiros, entre outros profissionais, entendam-no cada qual ao seu modo com base nas

¹¹ “A matriz institucional de uma sociedade em um determinado tempo é constituída de regras e normas formais e informais, bem como pelas instituições que garantem a aplicação (*enforcement*) dessas regras, e é em razão principalmente das restrições comportamentais informais que se pode dizer que a evolução dessa matriz, ao longo de tempo, é *path dependent*. Isto porque são estas que, em última instância, dão legitimidade às regras formais e estão sujeitas a um processo muito mais gradual de evolução, visto implicarem rendimentos crescentes. O fato de que, em uma sociedade cuja matriz institucional recompensa a pirataria, organizações piratas prosperarão ilustra este ponto. Quanto menores as restrições à corrupção por exemplo, mais provável é que muitas das instituições existentes adotem essas práticas e maior o incentivo para que as que inicialmente não o fazem venham a se tornar corruptas no futuro. Assim é relativamente fácil mudar leis e regulamentos formais, mas, como o código não escrito de comportamento é muito mais pervasivo, as mudanças institucionais são em geral muito mais incrementais do que radicais.” (BUENO, Newton Paulo. *Lógica da ação coletiva*, Brasília, V. 5, N. 2, p. 361-420, jul./dez. 2004. p. 15.)

¹² NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. p. 102.

suas respectivas vivências.

Sem prejuízo, de acordo com Steven Blank e Bob Dorf, “startup é uma organização temporária em busca de um modelo de negócios repetível e escalável”.¹³ Segundo Eric Ries, é “uma instituição humana projetada para criar novos produtos e serviços sob condições de extrema incerteza”.¹⁴ Em complementação, consoante Eryk Fontenele Nybo, “startup não é uma categoria de empresa, mas sim um estágio do desenvolvimento de uma empresa”¹⁵, sendo uma fase não raramente marcada pela falta de um modelo de negócios claro.

Com efeito, a partir dos anos 2000, surgem e propagam-se por inúmeros países políticas voltadas para incentivar as *startups* e a inovação¹⁶, a citar nos Estados Unidos, em Israel, no Chile, na Colômbia, na Coreia do Sul, em Singapura, na Índia, na União Europeia, entre outros. Também na década de 2000, o impacto do movimento estadunidense, precursor das *startups*, foi sentido no Brasil, sendo reconhecida como o período em que as startups passaram a se difundir de forma mais incisiva no país.

Em termos legislativos, contudo, somente com a Lei Complementar nº 182/2021 foram implementadas no ordenamento jurídico brasileiro disposições que abordassem especificamente estas organizações. Referida lei é popularmente conhecida como Marco Legal das Startups e do Empreendedorismo Inovador (“Marco Legal das Startups”). Pode-se afirmar que, no direito brasileiro, é a legislação mais recente e completa voltada às startups, por meio da qual restou reconhecida a representatividade destas últimas como vetores de desenvolvimento econômico, social e ambiental.

Em razão da diversidade de medidas por ele abrangidas, o Marco Legal das Startups foi dividido em sete capítulos, responsáveis, respectivamente, por apresentar as definições, princípios e diretrizes da legislação; estabelecer critérios para o enquadramento de empresas em startup; elencar os instrumentos legais voltados à formalização de investimentos; propor

¹³ BLANK, Steve; DORF, Bob. *The startup owner’s manual: the step-by-step guide for building a great company*. California: K&S Ranch, 2012. p. 5.

¹⁴ RIES, Eric. *A startup enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas*. São Paulo: Lua de Papel, 2012. p. 13.

¹⁵ “Fala-se em disrupção frequentemente no meio das startups, pois geralmente estas empresas estão ligadas a inovações tecnológicas, capazes de romper com a forma pela qual determinado nicho de mercado se relacionava antes do surgimento do produto e/ou serviço oferecido por uma startup. A disrupção está associada ao conceito de inovação. Dentre os principais tipos de inovação, podemos elencar: a) Incremental: aperfeiçoa um produto, processo de produção ou serviço (O’ SULLIVAN e DOOLEY, 2009, p. 23). Este tipo de inovação visa aumentar a competitividade de um produto ou serviço que já está à disposição no mercado; b) Radical: efetua transformações expressivas em algo já estabelecido (O’ SULLIVAN e DOOLEY, 2009, p. 23), resultando em eficiência muito maior do que a anterior ou alto impacto nas receitas de uma empresa. c) Disruptiva: a inovação disruptiva está dentro do gênero ‘radical’. Trata-se comumente de inovações que alteram radicalmente as práticas de negócio ou a integralidade de um setor industrial. Este tipo de inovação está, geralmente, associado à criação de novas tecnologias (O’ SULLIVAN e DOOLEY, 2009, p. 25)”. (NYBO, Erik Fontenele. *Memorando de entendimentos para pré-constituição de uma startup*. p. 30.)

¹⁶ RONCARATTI, Luana Sant’Anna. Incentivos a startups no Brasil: os casos do Startup Brasil, InovAtiva e Inovapps. In: CAVALCANTE, Pedro [et al.]. (org.). *Inovação no setor público: teoria, tendências e casos no Brasil*. Brasília: IPEA, 2017. p. 215-229. p. 215.

medidas de fomento à pesquisa, ao desenvolvimento e à inovação; definir as premissas relacionadas aos programas de ambiente regulatório experimental (*sandbox* regulatório); dispor sobre a contratação de soluções inovadoras pelo Estado; e alterar disposições da Lei nº 6.404/1976 (“Lei das Sociedades Anônimas”) e da Lei nº 123/2006 (Lei do Simples Nacional).

Já em termos de definição legal, o Marco Legal das Startups introduziu critérios objetivos no enquadramento de entidades como *startups*, sendo eles: (i) organizações empresariais ou societárias, nascentes ou em operação recente, voltadas para a inovação de modelos de negócios, produtos e/ou serviços, (ii) receita bruta de até 16.000.000,00 (dezesesseis milhões de reais) no ano-calendário anterior, (iii) inscrita até 10 (dez) anos junto ao Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), da Receita Federal do Brasil e que (iv) se autodeclare como startup no seu ato constitutivo ou alterador e utilize modelo de negócio inovador ou esteja enquadrada no regime especial do Inova Simples.¹⁷

Ainda, no que se refere à interação das startups com o poder público, destacam-se as medidas voltadas à pesquisa, desenvolvimento e inovação; ao *sandbox* regulatório e ao procedimento de licitação especial. Pela primeira, empresas legalmente obrigadas a investir em pesquisa, desenvolvimento e inovação poderão optar por assim fazer utilizando-se de aportes em startups. A segunda medida, por sua vez, autoriza órgãos e entidades da administração pública a desenvolverem programas de ambiente regulatório experimental pelos quais, de modo simplificado e temporário, as startups poderão criar modelos de negócios e testar técnicas e tecnologias. Já a terceira medida prevê a criação de processo licitatório voltado especificamente para startups, com regras diferenciadas do procedimento comum, objetivando a contratação de soluções inovadoras pelo Estado.

Noutra toada, o Marco Legal das Startups também promoveu relevantes alterações nos aspectos societários das sociedades anônimas. Para aquelas com receita bruta anual de até R\$ 78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais), houve a simplificação de obrigações,

¹⁷ Art. 4º São enquadradas como startups as organizações empresariais ou societárias, nascentes ou em operação recente, cuja atuação caracteriza-se pela inovação aplicada a modelos de negócios ou a produtos ou serviços ofertados. § 1º Para fins de aplicação desta Lei Complementar, são elegíveis para o enquadramento na modalidade de tratamento especial destinada ao fomento de startup o empresário individual, a empresa individual de responsabilidade limitada, as sociedades empresárias, as sociedades cooperativas e as sociedades simples: I - com receita bruta de até R\$ 16.000.000,00 (dezesesseis milhões de reais) no ano-calendário anterior ou de R\$ 1.333.334,00 (um milhão, trezentos e trinta e três mil trezentos e trinta e quatro reais) multiplicado pelo número de meses de atividade no ano-calendário anterior, quando inferior a 12 (doze) meses, independentemente da forma societária adotada; II - com até 10 (dez) anos de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia; e III - que atendam a um dos seguintes requisitos, no mínimo: a) declaração em seu ato constitutivo ou alterador e utilização de modelos de negócios inovadores para a geração de produtos ou serviços, nos termos do [inciso IV do caput](#) do art. 2º da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004; ou b) enquadramento no regime especial Inova Simples, nos termos do art. 65-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

a exemplo da substituição das publicações físicas pelas eletrônicas e da substituição dos livros físicos por registros mecanizados ou eletrônicos. Em especial, foi delineada a “sociedade anônima de menor porte”, assim considerada quando auferir receita bruta anual de até R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais).¹⁸

Em atenção a este aspecto, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), autarquia brasileira vinculado ao Ministério da Fazenda, publicou a Resolução CVM nº 88/2022 que, em linhas gerais, instituiu a chamada “bolsa de startups”. Por meio da referida Resolução, foram refinados os mecanismos de *crowdfunding* voltados para sociedades anônimas de pequeno porte, viabilizando não apenas o acesso de startups constituídas sob este formato ao mercado de capitais, mas também a diversificação do portfólio de investimento pelos investidores desse setor.

Neste sentido, levando em consideração o fato de que a abertura do capital mediante a oferta pública de ações (do inglês, “*initial public offering*” ou “IPO”) é um dos indicativos de maturação avançada de startups, pode-se afirmar que a regulamentação acima referida pode representar um forte estímulo ao desenvolvimento do ambiente de negócios brasileiro. Isso porque, em condições normais, o ingresso no mercado de capitais pressupõe um processo complexo e custoso, que exige verdadeira mudança na mentalidade de gestão dessas companhias frente ao público em geral. Ao mesmo tempo, representa a possibilidade de alavancagem financeira para a viabilização de melhoria e expansão do negócio, acompanhada, dentre outros benefícios, de liquidez patrimonial e de vantagem competitiva.

Exposto o breve panorama acima acerca das startups e do Marco Legal das Startups, passa-se, no Item 3., às considerações acerca da inovação e da inovação aberta no Brasil, correlacionando-as com aspectos doutrinários e práticos identificados na interação entre instituições e organizações brasileiras.

3. Inovação e Inovação Aberta

Joseph Schumpeter, em 1939, ao escrever sobre os ciclos de negócios, asseverou que os fatores externos da mudança econômica são tão numerosos e importantes a ponto de, por si só, serem responsáveis pela alternância ondulatória de estados de prosperidade e de depressão.¹⁹ Isso porque determinados distúrbios ocorrem em intervalos aproximadamente regulares e, forçadamente, induzirão o sistema a um processo de adaptação.

Seja para os estados de prosperidade ou de depressão, destaca não existir uma única causa ou motor primário, tampouco um conjunto de causas que os justifique perfeitamente. Cada evento é, na acepção do autor, um indivíduo histórico nunca igual ao outro, seja no seu

¹⁸ YAZBEK, Otavio. Mercado de capitais. In: COELHO, Fábio Ulhoa (coord.). Tratado de direito comercial. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 227-248.

¹⁹ SCHUMPETER, Joseph Alois. Business cycles: a theoretical, historical and statistical analysis of the capitalist process. Nova Iorque: McGraw-Hill Book Company, 1939. V. 1. p. 18.

surgimento, seja nos seus desdobramentos. Por outro lado, tal incógnita se torna útil na hipótese de ser possível descrever o sistema econômico por meio de um esquema geral que incorpore certas propriedades e, assim, forneça indícios dos acima mencionados períodos de prosperidade ou de depressão. Fato é que grande parte das flutuações identificadas no mercado apresenta aos agentes o desafio de “como fazer as coisas de maneira diferente”.²⁰ A partir disso, surge a diferenciação entre invenção e inovação.

Para Schumpeter, é irrelevante se uma inovação implica em novidade científica. “A inovação é possível sem nada que devamos identificar como invenção e a invenção não necessariamente induz a inovação, pois não produz por si só nenhum efeito economicamente relevante”.²¹ Nesse sentido, ainda que uma inovação consista em dar efeito empresarial a uma invenção, ambas devem ser tratadas como fenômenos distintos.

Em vista disso, as mudanças no processo econômico provocadas pela inovação, os seus efeitos e a resposta dada a eles pelo sistema econômico acaba por caracterizar a chamada Evolução Econômica, na teoria do autor. A inovação seria, portanto, o estabelecimento de uma nova função de produção, a exemplo de novas mercadorias, de uma nova forma de organização ou, até mesmo, a abertura de novos mercados.

Posto isso, as inovações podem ser representada por curvas em um infinito processo de destruição criativa: cada inovação interrompe uma curva e a substitui por outra, que tenderá a exibir novos incrementos em comparação com a curva substituída que, aos poucos, decrescerá. Nesse aspecto, a inovação figuraria como um dos fatores de sobrevivência das firmas. Uma firma incapaz de manter o ritmo de inovação estabelecido em seu período de vigor tenderá naturalmente a sucumbir para aquelas cuja dinâmica apresenta-se aberta a novas funções de produção.

Por outro lado, na evolução capitalista encabeçada pela inovação, tendem a sobreviver aquelas firmas que possuem como característica a adaptação ao novo estado das coisas, à pressão da concorrência e às curvas de custo atreladas a fatores externos do mercado. Nas palavras de Schumpeter, “novas funções de produção não surgem tipicamente de negócios antigos”.²² Estes, ou serão extintos, ou forçadamente precisarão ser transformados. Em complementação, Victor Pelaez afirma que “isto ocorre porque uma nova tecnologia tende a ser superada, por meio de inovações incrementais e/ou radicais, e pela capacidade de

²⁰ Ibidem. p. 25.

²¹ Ibidem. p. 80.

²² Ibidem. p. 92.

imitação dos concorrentes da firma inovadora”.²³

Nesse aspecto, a inovação apresenta-se no sistema econômico atual como um fator de competitividade no mercado e, até mesmo, uma variável econômica. Ao mesmo tempo, também pode ser compreendida como um coeficiente de alianças entre organizações, em especial a partir do aprendizado tecnológico.

É nesse contexto que se insere a inovação aberta ou, do inglês, *open innovation*, compreendida como uma espécie de abertura de organizações distintas, empresariais ou não, para um mercado colaborativo entre elas.²⁴ De acordo com Henry Chesbrough, trata-se de uma metodologia distributiva, participativa e descentralizada da inovação pelas quais “as empresas usam fontes internas e externas de conhecimento para transformar novas ideias em produtos e serviços comerciais que podem ter rotas internas e externas para o mercado”.²⁵

A abordagem da inovação aberta leva em consideração fatores como a redução dos custos de inovação, o compartilhamento de riscos e recompensas, assim como o ritmo acelerado das evoluções tecnológicas, capaz de tornar uma criação considerada inovadora rapidamente ultrapassada, em especial nas inovações incrementais. A sua adoção, nesta perspectiva, evitaria que negócios então bem-sucedidos desencadeiem um processo de inércia substancial, perdendo ou deixando de adquirir novas oportunidades.

Em aspecto distinto, a inovação aberta também implica o aumento das fontes de aprendizado das organizações. “Além dos esforços internos que a firma realiza para aprender, vale acentuar sua competência para identificar informação externa e assimilar conhecimento que daí possa resultar”, na acepção de Sérgio Queiroz, ao abordar a capacidade absorptiva das empresas quando dispostas a interagirem sob o viés da inovação aberta.²⁶

Em sentido distinto, é igualmente válido pontuar que a abordagem da inovação aberta é compreendida como um elemento disruptivo, visto que a cultura organizacional, especialmente nas empresas, ainda é baseada na inovação fechada, guiada por alto

²³ PELAEZ, Victor. Fundamentos da firma inovadora. In: PELAEZ, Victor; LIMA, Araken Alves de; ROSÁRIO et al (org.). Fundamentos de economia e gestão de inovação. São Paulo: Editora Hucitec, 2023. p. 170.

²⁴ “La colaboración es la esencia de un proceso de innovación abierta, primero entre unidades de la propia empresa y luego entre ésta y otras empresas. Se trata de un proceso que afecta la cultura organizacional y la dinámica de las relaciones entre actores dentro y fuera de la empresa, y solo después como un mecanismo que permite identificar soluciones a problemas técnicos. Una empresa solo puede participar en un proceso de innovación abierta si ha construido una cultura organizacional en la cual la colaboración, la apertura y la confianza son valores que se viven en la cotidianidad de la organización.” (VESGA, Rafael. El caso de INNPulsa Colombia: la evolución de una política pública para el crecimiento empresarial extraordinario. Bogotá: Banco de Desarrollo de America Latina, 2015. p.56.)

²⁵ CHESBROUGH, Henry. Open services innovation: rethinking your business to grow and compete in a new era. São Francisco: Jossey-Bass, 2011. p. 23.

²⁶ QUEIROZ, Sérgio. Aprendizado tecnológico. In: PELAEZ, Victor; LIMA, Araken Alves de; ROSÁRIO et al (org.). Fundamentos de economia e gestão de inovação. São Paulo: Editora Hucitec, 2023. p. 132.

investimento em pesquisa & desenvolvimento internos²⁷, assim como por atividades desencadeadas em integração vertical, protegidas por sigilo e com retenção de informações.²⁸

No entanto, não é incorreto afirmar que a inovação aberta pode, desde já, representar uma alavanca que definirá o destino de grande parte das organizações, especialmente as empresariais, diante de um mercado altamente competitivo e que se reinventa todos os dias. Atentas à competitividade fornecida por este modelo, corporações têm criado fundo próprio destinado especificamente para a promoção da inovação aberta: o *corporate venture capital* (CVC). Como regra geral, a lógica consiste no investimento direto em empresas de caráter inovador - com ênfase em startups - que tenham conexão com o negócio ou com as pretensões da investidora. Isto é, se no *venture capital* (VC) tradicional a administração do fundo é responsável pelo gerenciamento do portfólio de investimentos, no CVC a corporação investidora é quem seleciona as investidas e gerencia os resultados naquilo que compor o escopo da cooperação.

Neste aspecto, sob a perspectiva das instituições formais, em âmbito federal, merece destaque a Lei nº 10.973/2004, conhecida como Lei de Inovação. Referido dispositivo estabelece no ordenamento jurídico brasileiro medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e tem como propósito viabilizar o apoio e o estímulo à constituição de alianças estratégicas e ao desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas, Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação, bem como entidades privadas sem fins lucrativos voltadas às atividades de pesquisa e desenvolvimento, desde que estas objetivem a geração de produtos, processos e serviços

²⁷ Os resultados da Pesquisa de Inovação Semestral 2021 (PINTEC Semestral), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), podem ser acessados em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/ciencia-tecnologia-e-inovacao/35867-pesquisa-de-inovacao-semestral.html>.

²⁸ “L’innovation a été théorisée, pour la première fois, au début des années 2000, par Henry Chesbrough (Chesbrough 2003, Chesbourg 2006) qui pose les bases du concept d’open innovation (« innovation ouverte »). Celui-ci oppose le modèle d’innovation dit « fermé », qui est celui de l’innovation traditionnelle à l’intérieur d’une structure, à un modèle « ouvert » qui suppose une collaboration avec des entités externes. Dans le premier cas, les activités de recherche et développement (R&D) sont menées essentiellement au sein de la structure. L’entreprise est à l’origine de sa propre innovation qu’elle protège grâce à des droits de propriété intellectuelle et qu’elle valorise dans ses propres produits. Dans le second cas, le processus créatif est aussi bien fondé sur des échanges d’actifs immatériels préexistants que sur une collaboration dans le processus de l’innovation lui-même. « L’innovation ouverte » suppose tout d’abord une valorisation des technologies à l’extérieur de l’entreprise (inside-out). Une telle stratégie repose sur l’octroi de licences ou bien peut consister en un partage des connaissances suivant les modèles de licences libres⁴. Ainsi, l’entreprise valorise des technologies qu’elle n’exploite pas elle-même et augmente leur rendement. Le second mouvement caractérisant « l’innovation ouverte » consiste en une intégration de connaissances, de méthodes et de technologies qui proviennent de l’extérieur (outside-in). Cela permet aux entreprises d’enrichir leur propre processus d’innovation par des technologies complémentaires. Cela suppose l’établissement d’une collaboration avec le partenaire approprié – une entreprise concurrente, un laboratoire de recherche, une communauté d’utilisateurs.” (ROUMENTECHEVA, Sofia. Usages de la blockchain dans l’innovation collaborative. *Terminal*, N. 136, Abr. 2023. Disponível em: <<https://doi.org/10.4000/terminal.8981>>. Acesso em 27 Jul. 2023.)

inovadores e a transferência e a difusão de tecnologia.

É de se referir que a Lei de Inovação cria as diretrizes gerais referentes à regulamentação dos incentivos à inovação, incluindo a inovação aberta, cabendo aos entes descentralizados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) especificar, em dispositivos próprios, dentro das suas competências, os mecanismos que serão adotados em busca desse objetivo.

Por este ângulo, a principal lacuna identificada na promoção da inovação aberta concentra-se na eventual transferência de tecnologia no âmbito da relação universidade-empresa, notadamente na seara da propriedade intelectual.²⁹ Nos termos da Lei nº 9.279/1996, dispositivo que regulamenta a propriedade industrial brasileira, um dos requisitos para o requerimento de patentes é o ineditismo.³⁰ Não obstante, as regras que regulamentam os principais cursos de pós-graduação no Brasil, designadamente os cursos de mestrado e de doutorado, exigem a publicação dos resultados da pesquisa desenvolvida. À vista disso, se uma pesquisa resultou em solução inovadora patenteável, a publicação exigida para a obtenção do título retiraria, por consequência, o requisito de novidade condicionado pela lei, caracterizando um conflito institucional que pode representar um desincentivo para interações deste gênero.

Ainda sob este aspecto, a relação universidade-empresa pode, por vezes, estar envolta de diferentes intenções: os projetos acadêmicos tendem a acontecer mais lentamente, demandando discussão entre os pares, enquanto os traçados empresariais costumam impor agilidade e, por vezes, sigilo.

Outrossim, nas relações entre organizações de modo geral, há barreiras que, na hipótese de não serem transpostas, representam significativos custos de transação. Dentre as principais, destacam-se as decorrentes da excessiva burocracia na formalização de acordos de cooperação, bem como aquelas associadas à assimetria de informações. Espera-se que a maturidade aos poucos construída pela cooperação entre os agentes possa, naturalmente, sanar tais falhas de mercado sem que isso incorra em instituições burocratizadas.

4. Considerações Finais

²⁹ O objeto da transferência de tecnologia é a transmissão de bens intelectuais (criações, segredos e *software*) que podem estar protegidos por institutos de Propriedade Intelectual (PI), como as patentes, ou podem ser conhecimentos técnicos não protegidos, mas que se encontrem em sigilo e sejam passível de apropriação econômica (ASSAFIM, 2005). (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ROCHA JR., Weimar Freire da; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. Mecanismo jurídicos e econômicos para a transferência de tecnologia: um estudo de caso. Revista Direito FGV, São Paulo, V. 13, N. 1, p. 49-69, jan. /Abr. 2017. p. 55.

³⁰ Art. 8º É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

Em relação à inovação, as instituições exercem importante papel regulador nas atividades desempenhadas pelas organizações, permitindo que as interações entre estas últimas ocorram com menos incertezas. Ao mesmo tempo, as organizações, ao se tornarem sujeitos de interação com outros países do globo, influenciam a mudança das práticas institucionais sob o ímpeto de assegurar a sua competitividade tanto no mercado nacional, quanto no cenário internacional.

A inovação não possui fronteiras. A cooperação bem-sucedida entre instituições e organizações resulta na eficiência de um sistema, ao passo que o arranjo malsucedido tende, dentre outros prejuízos, a acarretar o aumento dos custos de transação e o desinvestimento. Sendo assim, independentemente das ondas de prosperidade e de depressão que forçam as organizações a se adaptarem, cabe às instituições promoverem a estabilidade desse sistema sem criar engessamentos.

Isso porque, além de não possuir fronteiras, a forma como a inovação acontece não possui fórmula certa: está atrelada à essência de cada indivíduo ou grupo de indivíduos, as suas expectativas e as suas capacidades de negociar e de gerar negócios. Por esta razão é algo que essencialmente se reinventa dia após dia com base nas oportunidades verificadas a partir das demandas do mercado.

É neste contexto de oportunidades e demandas que se insere a abordagem da inovação aberta, pela qual organizações, dentro das suas competências, exercem espécie de troca de conhecimentos para cada qual transformar as suas ideias em produtos e serviços e, assim, atenderem de forma mais ágil as demandas do mercado. Pretende-se, a partir da inovação aberta, reduzir os custos da inovação, compartilhar os riscos a ela inerentes, maximizar a atividade da pesquisa & desenvolvimento interno e, até mesmo, criar fontes de receita.

É fato que a relação das organizações atuando em inovação aberta não está isenta de barreiras, a exemplo da propriedade intelectual na relação universidade-empresa, da burocracia entre os acordos de cooperação entre entes públicos e privados e da assimetria de informações existente entre grandes e pequenas empresas. Espera-se que a maturidade aos poucos construída pela cooperação entre os agentes possa sanar estas falhas de mercado sem que isso incorra em instituições burocratizadas.

Neste aspecto, podem ser caminhos a serem trilhados a educação empreendedora em incubadoras, aceleradoras, ambientes de inovação, assim como em Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação; o incentivo público e privado à realização de *hackatons* e *crowdsourcings* que destaquem talentos; e, acima de tudo, o desenvolvimento da consciência

dos empreendedores acerca do necessário alinhamento claro e preciso dos direitos, obrigações, prazos e expectativas em torno de cada projeto a ser desenvolvido e executado ao amparo da cooperação em inovação aberta.

Nesta perspectiva, é correto afirmar que o estímulo à inovação, incluindo a inovação aberta, alinha-se ao atendimento dos interesses difusos e coletivos da sociedade, em especial sob a óptica da função social da empresa. Na mesma medida, os propósitos intrínsecos da inovação inserem a cooperação entre organizações inovadoras não apenas como vetores de desenvolvimento econômico, social e ambiental, mas também como foco de atração de investimentos, razão pela qual merece ser incentivada institucionalmente e organizacionalmente.

Referências Bibliográficas

BATTESINI, Eugenio. Douglass C. North. *In*: KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria Fadel (org.). *Análise econômica do direito: principais autores e estudos de caso*. Curitiba: Editora CRV, 2019. p. 85-91.

BLANK, Steve; DORF, Bob. *The startup owner's manual: the step-by-step guide for building a great company*. California: K&S Ranch, 2012.

BUENO, Newton Paulo. *Lógica da ação coletiva, instituições e crescimento econômico: uma resenha temática sobre a nova economia institucional*. *Economia*, Brasília, V. 5, N. 2, p. 361-420, jul. /dez. 2004.

_____. *Possíveis contribuições da nova economia institucional à pesquisa em história econômica brasileira: uma releitura das três obras clássicas sobre o período colonial*. *Estudos Econômicos*, São Paulo, V. 34, N. 4, p. 777-804, out. -dez. 2004.

CHESBROUGH, Henry. *Open services innovation: rethinking your business to grow and compete in a new era*. São Francisco: Jossey-Bass, 2011.

NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

NYBO, Erik Fontenele. *Memorando de entendimentos para pré-constituição de um startup*. *In*: JÚDICE, Lucas Pimenta; _____. (Coord.). *Direito dos startups*. Curitiba: Juruá Editora, 2015. p. 29-38.

PELAEZ, Victor. *Fundamentos da firma inovadora*. *In*: PELAEZ, Victor; LIMA, Araken Alves de; ROSÁRIO et al (org.). *Fundamentos de economia e gestão de inovação*. São Paulo: Editora Hucitec, 2023. p. 170-189.

QUEIROZ, Sérgio. *Aprendizado tecnológico*. *In*: PELAEZ, Victor; LIMA, Araken Alves de; ROSÁRIO et al (org.). *Fundamentos de economia e gestão de inovação*. São Paulo: Editora Hucitec, 2023. p. 129-145.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ROCHA JR., Weimar Freire da; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. *Mecanismos jurídicos e econômicos para a transferência de tecnologia: um estudo de caso*. *Revista Direito FGV*, São Paulo, V. 13, N. 1, p. 49-69, jan./abr. 2017.

RIES, Eric. *A startup enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas*. São Paulo: Lua de Papel, 2012.

ROCHA JÚNIOR, Weimar Freire. Análise do agronegócio da erva-mate com o enfoque da nova economia institucional e o uso da matriz estrutural prospectiva. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

RONCARATTI, Luana Sant’Anna. Incentivos a startups no Brasil: os casos do Startup Brasil, InovAtiva e Inovapps. *In: CAVALCANTE, Pedro [et al.]. (Org.). Inovação no setor público: teoria, tendências e casos no Brasil. Brasília: IPEA, 2017. p. 215-229.*

ROUMENTECHEVA, Sofia. Usages de la blockchain dans l’innovation collaborative. *Terminal*, N. 136, abr. 2023. Disponível em: <<https://doi.org/10.4000/terminal.8981>>. Acesso em 27 Jul. 2023.

SCHUMPETER, Joseph Alois. Business cycles: a theoretical, historical and statistical analysis of the capitalist process. Nova Iorque: McGraw-Hill Book Company, 1939. V. 1.

STRASSBURG, Udo; OLIVEIRA, Nilton Marques de; ROCHA JÚNIOR, Weimar Freire. Revisitando o conceito da nova economia institucional (NEI). PRACS: Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP, Macapá, V. 12, N. 2, p. 57-74, jul. /dez. 2019.

VESGA, Rafael. El caso de INNpuls Colombia: la evolución de una política pública para el crecimiento empresarial extraordinario. Bogotá: Banco de Desarrollo de America Latina, 2015.

YAZBEK, Otavio. Mercado de capitais. *In: COELHO, Fábio Ulhoa (coord.). Tratado de direito comercial. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 227-248.*

Imigrantes e Força de Trabalho: o Cenário Brasileiro Contemporâneo Garante com (In)Eficácia a Igualdade de Direitos Trabalhistas?

Immigrants and the Workforce: Does the Contemporary Brazilian Scenario Guarantee Equal Labor Rights with (In) Effectiveness?

Maria Cristina Alves Delgado de Ávila¹

Sumário: 1. Introdução; 2. A legislação brasileira vigente dedicada à garantia do trabalho do imigrante e a dignidade do trabalhador; 3. A realidade encontrada quando do relatório anual 2022 do OBMigra no Brasil; Considerações finais.

Resumo: A migração é uma realidade na sociedade contemporânea de todo o mundo, inclusive no Brasil, e, assim, impacta em todas as searas, inclusive nas relações laborais. E, uma vez que essa relação tem um caráter alimentar, além de dar garantia a dignidade ao ser humano, importante se torna verificar se a legislação trabalhista existente tem eficácia protetiva diante da realidade enfrentada modernamente nas relações laborais ou se serve apenas como uma letra morta existente em nosso ordenamento jurídico. E assim, visando identificar se tem ou não eficácia quanto aos direitos trabalhistas vigentes pretende-se através de análise documental e bibliográfica utilizando-se dos resultados do relatório anual 2022 do OBMigra, verificar como se encontra essa força de trabalho no Brasil em face do princípio da igualdade e dignidade estabelecidos em nossa Constituição Cidadã, de forma a se ter a efetiva inclusão do imigrante no contexto social diante dos demais trabalhadores. O assunto se justifica, pois, os direitos humanos e fundamentais, quer de brasileiros e ou estrangeiros que se encontram no Brasil, devem ser respeitados de modo a lhes garantir dignidade e o mínimo existencial, já que cidadãos em pleno exercício de seus direitos, e ainda mais quando se está a falar de um direito que impacta diretamente na sua condição de manter o mínimo existencial necessário ao ser humano.

Palavras-chave: Imigrantes; Trabalho; Direitos Fundamentais; Dignidade.

Abstract: Migration is a reality in contemporary society all over the world, including Brazil, and thus impacts on all areas, including labor relations. And, since this relationship has a food character, in addition to guaranteeing the dignity of the human being, it is important to verify whether the existing labor legislation has protective effectiveness in the face of the reality faced in modern labor relations or if it serves only as a dead letter existing in our legal system. In order to identify whether or not it is effective in terms of current labor rights, it is intended, through documental and bibliographical analysis, using the results of the OBMigra 2022 annual report, to verify how this workforce is in Brazil. In view of the principle of equality and dignity established in our Citizen Constitution, in order to have the effective inclusion of the immigrant in the social context in front of the other workers. The subject is justified, therefore, the human and fundamental rights, either of Brazilians and/or foreigners who are in Brazil, must be respected in order to guarantee them dignity and the existential minimum, since citizens in full exercise of their rights. Even more so when we are talking about a right that directly influence on its condition of maintaining the existential minimum necessary for human beings.

Keywords: Immigrants; Work; Fundamental rights; Dignity.

¹ Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania pelo Centro Universitário de Salesiano de São Paulo (UNISAL). Especialista em Direito Civil e Processo Civil e Direitos Fundamentais pelo Centro Universitário de Barra Mansa (UBM). Pesquisadora. E-mail: cristina.delgado@uol.com.br

1. Introdução

A migração é um processo real em toda a Sociedade, não sendo diferente na sociedade brasileira, e, como fator social impacta nas mais diversas áreas dentre elas nas relações laborais. O trabalho é o instrumento apto a garantir a condição mínima a sustentar o indivíduo em sociedade, e, assim, em sua essência tem essencialmente um caráter alimentar.

Diante de tal importância necessário se torna verificar se os preceitos existentes em nosso ordenamento jurídico têm eficácia de proteção frente a realidade enfrentada atualmente no cenário laboral ou se simplesmente é mais uma retórica que vive em desuso e assim, não atende às necessidades dos imigrantes que se encontram em busca de condições mínimas de se sentirem acolhidos no seio da sociedade brasileira.

Dessa forma, utilizando-se dos resultados do relatório anual 2022 do OBMigra, pretende-se verificar como se encontra essa força de trabalho no Brasil em face do princípio da igualdade e dignidade estabelecidos em nossa constituição cidadã, de forma a identificar se tal cenário está possibilitando a efetiva inclusão do imigrante no contexto social de forma igualitária.

Pretende-se como objetivo analisar: (i) Se existe legislação específica em nosso ordenamento jurídico a garantir o trabalho do imigrante com atendimento à dignidade do trabalhador e (ii) Mapear a realidade encontrada no cenário juslaboral brasileiro pelo relatório anual 2022 do OBMigra.

Para desenvolvimento do trabalho, utilizou-se de pesquisa teórica, por meio de fontes primárias (investigação da legislação e relatório anual 2022 do OBMigra) e fontes secundárias (revisão bibliográfica). Buscou-se partir de uma análise quantitativa para que chegasse a descrição da hipótese investigada.

A Constituição Federal de 1988, reforça a necessidade de manutenção e fomento dos direitos e garantias fundamentais, abrindo margem para a ampla incursão da gramática dos direitos humanos, ex vi das disposições previstas nos arts. 4º, II, e 5º, §§ 2º e 3º, do texto constitucional, devendo assim vigor a dignidade da pessoa humana.

E, trazendo essas garantias para o cenário dos imigrantes de se ter que devem ser tratados como iguais no espaço brasileiro, pois não pode existir diferença entre a necessidade de um brasileiro, em detrimento do outro, somente pela condição de imigrante. E, embora a lei de migrações nº 13.445/2017 reflita a base do princípio da igualdade de direitos previstos na constituição vigente, assegurando igualdade de direitos entre os Brasileiros e estrangeiros que residam no Brasil, observa-se que existem discrepâncias quando estamos a falar do

trabalho dos imigrantes os quais são cidadãos que já se encontram em processo de vulnerabilidade.

O tema se justifica, pois não adianta termos leis em nosso ordenamento jurídico que tragam garantias aos imigrantes, pois para que elas sejam efetivas, necessitamos não só de mudança cultural, principalmente empresarial, mas um grande avanço das políticas migratórias brasileiras, no sentido de dar plena efetividade da inserção do imigrante no mercado de trabalho e acima de tudo em vê-lo como o nosso irmão brasileiro, e não apenas como o outro, devendo respeitá-los de modo a lhes garantir dignidade e o mínimo existencial, já que cidadãos em pleno exercício de seus direitos e garantias.

2. A Legislação Brasileira Vigente Dedicada à Garantia do Trabalho do Imigrante e a Dignidade Trabalhador

Não se pode fugir da realidade de que assim como no mundo o Brasil conta com população de imigrantes, e uma vez que se encontram em solo brasileiro os mesmos devem ter seus direitos assegurados como sujeitos de direitos, principalmente a garantir o mínimo existencial.

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988(CRFB/88), reforça-se a necessidade de manutenção e fomento dos direitos e garantias fundamentais, bem como se abriu margem para a ampla incursão da gramática dos direitos humanos, *ex vi* das disposições previstas nos arts. 4º, II, e 5º, §§ 2º e 3º, do texto constitucional. A partir dessa conjuntura, instaura-se, na entrada do novo milênio, um processo de formulação de políticas públicas, as quais tomam o viés voltado para os direitos humanos (CANDAUI, 2012).

Nesse contexto, a CRFB/88, seguindo a tônica de garantir a promoção e a proteção dos direitos, e, ainda das garantias fundamentais, estabelece como centro axiológico da ordem jurídica a vigor no Brasil, a dignidade da pessoa humana. Com isso, a Carta Brasileira de 1988, se “constitui marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil” (PIOVESAN, 1999, p. 9).

Assim, os direitos fundamentais dos trabalhadores no que se refere à CRFB/88 foi inserido no Título II, Capítulo II, e são direitos de aplicabilidade imediata conforme previsto no artigo 5º § 1º e inserido no rol da cláusula pétrea o artigo 60§ 4º, ambos da CRFB/88. E, o artigo 7º cataloga os direitos fundamentais dos trabalhadores, sendo que os mesmos não são exaustivos, pois deixa patente à expressão “além de outros que visem à melhoria da condição social”, deixando em aberto à previsão de inserção de outras condições a agregar valores aos trabalhadores.

Não é somente o rol do artigo 7º, que formam os direitos fundamentais do trabalhador, mas se tem o direito à liberdade sindical, os direitos de participação dos trabalhadores, a autonomia privada coletiva e o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, os trabalhadores como cidadãos são titulares dos demais direitos constitucionais, dentre eles os previstos no artigo 5º e 6º, neles elencados os direitos sociais que visam à garantia do mínimo existencial do indivíduo para garantir sua dignidade, sendo possível se extrair o princípio da proteção, propiciando ao trabalhador a melhoria da sua condição social independentemente de sua nacionalidade, desde que em território brasileiro.

E, no artigo 5º da CRFB/88 deixa claro que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Tem-se então quer sejam imigrantes ou refugiados, possuem os mesmos direitos e garantias em igualdade de condições com os brasileiros. Acrescendo ao direito de igualdade que o mesmo se aplica às regras *juslaboral*, tem-se o suporte do previsto no art. 6º da CRFB/88, que deixa patente que dentre vários outros direitos o trabalho foi inserido como direito social.

Não se limitou o texto constitucional apenas a subjetividade dessa proteção, mas inseriu o capítulo da ordem econômica – art. 170, onde estabelece a necessidade de valorização do trabalho humano, e de assegurar a todos existência digna, de acordo com os ditames da justiça social. No art. 193 à ordem social, deixa apregoado que a mesma tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social. Conjugado a todas essas garantias o art. 1º da CRFB/88 atribui como seu fundamento próprio a cidadania, a dignidade da pessoa humana, e, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Patente fica que a CRFB/88 atribui como seu fundamento à cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º). Com isso cabe ao poder público o dever de inibir retrocesso aos direitos sociais, principalmente quando estes estão a assegurar o mínimo existencial, como nas relações de trabalho, posto seu caráter alimentar, sob pena de afrontar direitos positivados fundamentais a garantir a vida digna daqueles que laboram (SARLET, 2002). Decorrente dessas previsões legais as demais legislações infraconstitucionais, devem quando da sua promulgação levar em conta tais valores, garantias e princípios, sob pena de afronta a carta vigente, e gerar insegurança jurídica.

Nesse contexto que se deve analisar a questão do trabalho do imigrante, vez que ele deve ter todas essas condições respeitadas sob pena de infringência a ordem constitucional. Da análise da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) tem-se que a mesma se aplica aos

estrangeiros da mesma forma que aos brasileiros, o que lhes assegura em igual condições todos os direitos trabalhistas garantidos na referida legislação.

Não se pode aqui, deixar de referendar a Lei de Migração n° 13.445, de 24 de maio de 2017, regulamentada pelo Decreto 9.199/2017, que normatiza os direitos e os deveres do migrante e do visitante estrangeiro ao Brasil, garantindo igualdade de tratamento e de oportunidades aos imigrantes nas distintas esferas sociais, onde se inclui o trabalho, enaltecendo os direitos humanos, o repúdio à xenofobia e toda forma de discriminação, inclusive nas relações jus laborais. Vê-se que a referida lei busca a inclusão social, laboral e produtiva por via de políticas públicas, visando assim garantir ao migrante os direitos fundamentais.

Especificamente em relação às questões trabalhistas, de se atentar ao disposto no art. 3º, inciso XI – “acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social”, reafirmando expressamente que todo estrangeiro tem o direito ao trabalho garantido, quando em solo brasileiro, reafirmando assim os princípios estabelecidos na CRFB/88, e a necessidade de sua observância.

O imigrante para trabalhar formalmente no Brasil necessita obter autorização de residência para fins laborais, portar a Carteira de Registro Nacional Migratório (CRNM), o Cadastro de Pessoa Física (CPF) e a Carteira de Trabalho e previdência social.

Se na relação de trabalho entre empregados imigrantes e empregadores ocorrer um conflito trabalhista no território nacional, o julgamento desse litígio caberá ser decidido pela Justiça do Trabalho.

Fica assim caracterizado que os imigrantes devem ser tratados como iguais no espaço brasileiro, no que tange as relações laborais, pois não pode existir diferença entre a necessidade de um em face do outro apenas pela sua condição de imigrante. Dallari (2004, p 13) ressalta: “trata-se daquelas necessidades que são iguais para todos os seres humanos e que devem ser atendidas para que a pessoa possa viver com a dignidade que deve ser assegurada a todas as pessoas.” Com isso independentemente da nacionalidade quando se encontrar em solo brasileiro, os direitos relacionados ao âmbito das relações de trabalho devem ser preservados de forma igualitária, atendendo inclusive o princípio da isonomia, que advém da própria Constituição vigente.

Pela característica de vulnerabilidade que já vem associada ao imigrante, às vezes eles se moldam a ter um salário imediato, ao invés de se preocuparem com um trabalho formal que lhes daria garantias e reconhecimento de direitos. Assim acabam por serem vítimas

quanto a exploração do seu trabalho. Quanto a essa afirmativa Misailidis e Boaretto (2012, p. 179), justificam que:

Nessa procura, o trabalhador imigrante se interessa mais pela imediata consecução de um salário do que pela tutela de direitos, deixando de lado a higidez da atividade e até mesmo não se importando com a formalização de seu trabalho, ou seja, não preocupando-se com os direitos trabalhistas e previdenciários, os quais somente o registro em Carteira de Trabalho e Previdência Social irão lhes assegurar.

Tal situação fica ainda mais discriminatória quando se tem o imigrante irregular no Estado em que ele irá exercer sua atividade laboral, servindo ele como alvo de exploração e discriminação, em serviços precários, sem condições de higiene e saúde, com jornadas de trabalho extensas e a remuneração muito abaixo do mercado, a que se poderia por analogia se assemelhar ao trabalho forçado ou a escravatura contemporânea. (SILVA; GIOVANETTI, 2015). Porém, deve se ter em mente que o olhar com o trabalhador imigrante deve ser cuidadoso, vendo nele o ser cidadão que merece ter seus direitos trabalhistas e sociais respeitados em sua plenitude, como qualquer outro ser humano.

No atual cenário nota-se que a sociedade civil, sobretudo as organizações não governamentais e as associações civis sem fins lucrativos desempenham verdadeiro protagonismo no desenvolvimento de políticas públicas aos refugiados e também dos imigrantes. Por intermédio destas, há a integração entre sociedade e imigrantes, o fomento ao trabalho, a oportunidade de moradia, o aprendizado da língua portuguesa, dentre outros direitos tidos como básicos e necessários a qualquer pessoa, o que acarreta a melhor reconstrução da dignidade e a reafirmação de que os migrantes têm direitos e deveres no país em que buscou, seja por opção ou necessidade, de se reestabelecer.

3. A Realidade Encontrada Quando do Relatório Anual 2022 do OBmigra no Brasil

O relatório anual de 2022, foi promovido pelo Departamento de Migrações da Secretaria Nacional de Justiça, e preparado pelo Observatório das Migrações Internacionais (OBMigra), abrangendo a série histórica 2011-2021, com base numa análise da imigração no Brasil. Recorre o relatório para sua elaboração ao Sistema de Registro Nacional Migratório (SisMigra), o Sistema de Tráfego Internacional – Medida de Alertas e Restrições (STI-MAR), sob gestão da Polícia Federal, e dados referentes ao processo de reconhecimento de refugiados, que são gerenciados pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) (OBMigra, 2022).

Segundo o relatório OBMigra(2022) foram registrados no SisMigra em 2011 um total de 74.339 imigrantes, sendo 24.262 mulheres (32,6%), 4.363 crianças (5,9%) e 4.959 adolescentes (6,7%), demonstrando que ocorreu uma evolução representativa se levarmos em conta o ano de 2021, onde foram registrados um total de 151.155 imigrantes, dos quais 67.772 de mulheres (44,8%) 29.795 crianças (19,7% do total) e 14.555 adolescentes (9,6% do total). Chama a atenção o relatório que no ano de 2021, dos imigrantes registrados no Brasil cerca de quase 30% tinham menos de 18 anos de idade, e que o número de mulheres imigrantes que se encontram registradas em 2021 chega a aproximadamente 3 vezes mais do que no ano de 2011.

E, foram ainda investigados no que se refere ao aspecto mercado de trabalho a tendência da inserção dos imigrantes no mercado de trabalho formal, partindo dos dados da base harmonizada elaborada pelo Observatório das Migrações Internacionais (OBMigra), informações da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), da Relação Anual de Informações Sociais(RAIS) e ainda para análise dos imigrantes que possuem ocupação formal no Brasil, o Ministério do Trabalho e Previdência (MTP) disponibilizou ao Observatório das Migrações Internacionais (OBMigra) os microdados de 2011 a 2020. Já em relação ao ano de 2021 utilizou-se dos dados do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED). (OBMigra, 2022).

De acordo com o relatório entre os anos de 2011 e 2021, o número de imigrantes trabalhadores foi ampliado em cerca de mais de 3 vezes. Passa de 62,4 mil para 188,0 mil, com redução dos continentes e nacionalidades pertencentes ao Norte Global, especialmente de países europeus e norte-americanos, mas em contrapartida com um crescimento da participação de trabalhadores originários de países do Sul Global, em especial haitianos e venezuelanos (OBMigra, 2022).

Ressalta que dessa participação tem-se que do total de trabalhadores no mercado de trabalho formal os Haitianos passaram do inexpressivo percentual de 1,1% em 2011, para o percentual de 38,8% em 2020, e recuaram para 27,8% em 2021. Em contrapartida os venezuelanos se mostraram com um crescimento contínuo, indo de 0,6% para 28,6% do total, entre 2011 e 2021. Em decorrência da influência das nacionalidades se passou a ter o crescimento da população de cor preta e parda, as quais somadas em 2011, representavam 13,9% dos trabalhadores migrantes, chegando a 62,4% em 2020, e recuando para 58,6% no ano seguinte (OBMigra, 2022).

Interessante constatar pelo relatório que ocorreu uma mudança em relação ao perfil educacional do trabalhador imigrante, já que pelo início da série analisada prevalecia o nível

superior completo ou mais, representando (51,9%), acompanhado pelos de nível médio completo (27,1%). Porém, houve uma inversão quando se verifica o ano de 2021, onde se teve aumento da proporção de imigrantes com nível médio completo, que passa a ser de 47,5%, e a redução do nível superior (21,2%).

No que se refere a região onde se localizam, se observa que do total de trabalhadores imigrantes no Brasil a Região Sul, foi em 2011, responsável pelo percentual de 17,0%, alcançando em 2021 o percentual de 46,7%, face a contribuição da imigração venezuelana.

Ressalta o relatório que dentre o período sob análise se vê a predominância estrutural dos trabalhadores homens imigrantes. Entretanto, se verificou que nos anos de 2019, 2020 e sobretudo 2021 houve o crescimento do trabalho das mulheres migrantes, principalmente das mulheres venezuelanas em detrimento das demais nacionalidades. Afirma o relatório que tínhamos 19.095 mulheres imigrantes no mercado de trabalho formal no Brasil em 2011, sendo que passamos para 60.775, no final da década.

Interessante aqui acrescer a informação contida no relatório OBMigra, 2020, no sentido de que em 2019, foram emitidas 39.813 carteiras de trabalho para mulheres imigrantes no Brasil, porém, apenas 28.096 foram admitidas em algum tipo de emprego formal no mesmo ano. Significando que 11.717 das mulheres que tiraram carteira de trabalho no ano de 2019, não exerceram nenhuma atividade no mercado de trabalho formal. (OBMigra, 2020).

Constatou-se que os setores de atividades econômicas, que mais empregam as mulheres imigrantes se encontram nas indústrias de abate de animais, os frigoríficos, além dos restaurantes e similares, sendo que em relação a distribuição geográfica das mesmas de concentram também na Região Sul, sendo ainda verificado que em relação as condições laborais as mesmas se caracterizaram por longas jornadas e baixos salários.

Por outro lado, de uma forma geral na dinâmica do emprego formal compreendida no período de constatou a incidência de duas categorias de ocupação acentuadas como Trabalhadores na produção de bens e serviços industriais e pela categoria Trabalhadores dos serviços, vendedores do comércio em lojas e mercados.

Verificou-se ainda que em consequência da mudança estrutural do trabalho formal imigrante houve a ocorrência da redução significativa dos rendimentos médios especialmente em 2019 e 2020. Ressalta que levando em conta os extremos da série histórica ele foi de R\$ 13,2 mil, em 2011, para R\$ 5,3 mil em 2020.

Assim, como ocorre com as trabalhadoras brasileiras, a desigualdade de gênero também atingem as trabalhadoras imigrantes, as quais ocupam menos de 30% dos postos de trabalho no que se refere ao trabalho formal

O Relatório OBMigra de 2022, não contemplou análise do trabalho informal em relação ao trabalhador imigrante, o que de certa forma deixa uma grande lacuna, pois se sabe que existe grande parte de trabalhadores que trabalham na informalidade. Em relação ao relatório de 2020, o presente relatório acaba por não abarcar várias informações às questões que envolvem a relação de trabalho do imigrante, o que mostra de certa forma a vulnerabilidade que os mesmos podem se encontrar, devido a não informação fidedigna.

Considerações Finais

A Constituição Federal de 1988, reforça a necessidade de manutenção e fomento dos direitos e garantias fundamentais, bem como se abriu margem para a ampla incursão da gramática dos direitos humanos, ex vi das disposições previstas nos arts. 4º, II, e 5º, §§ 2º e 3º, do texto constitucional, devendo assim vigor a dignidade da pessoa humana.

Assim, trazendo para o cenário dos imigrantes de se ater que devem ser tratados como iguais no espaço brasileiro, pois não pode existir diferença entre a necessidade de um, em detrimento do outro, somente pela condição de imigrante. E, embora a lei de migrações nº 13.445/2017 reflita a base do princípio da igualdade de direitos previsto na constiuição vigente, assegurando igualdade de direitos entre os Brasileiros e estrangeiros que residam no Brasil, observa-se que existem discrepâncias quando estamos a falar do trabalho dos imigrantes os quais são cidadãos que já se encontram em processo de vulnerabilidade.

Pela característica de vulnerabilidade que já vem associada ao imigrante muitas vezes eles de moldam a ter um salário imediato, em vez de buscarem um trabalho formal que lhes daria garantias e reconhecimento de direitos, e, nesse contexto acabam sendo vítimas quanto a exploração do seu trabalho. Tal situação se apresenta ainda mais discriminatória quando se tem o imigrante irregular no Estado em que ele irá exercer sua atividade laboral, acabando por ser alvo de exploração, em serviços precários, insalubres, com jornadas de trabalho extensas e a remuneração aquém do mercado, podendo por analogia se assemelhar ao trabalho forçado ou a escravidão contemporânea.

O relatório OBMIGRA 2022 demonstra que assim como no caso dos trabalhadores brasileiros, temos trabalhadores imigrantes no mercado formal e informal, e ainda as mulheres imigrantes recebem menor do que os empregados homens. Embora as mulheres são as que mais se apresentaram para a retirada da carteira de trabalho, em busca de um

trabalho formal. Observa-se que imigrantes que eram bem qualificados em seus países de origem, devido a sua qualificação profissional/estudantil, aqui no Brasil se encontram muitas das vezes em subempregos, sem qualificação, isso porque no caso dos cursos superiores seus diplomas não são revalidados no Brasil, havendo assim de se ter uma melhor política pública de revalidação dos diplomas, com menos burocracia e mais empatia.

O relatório ainda demonstra que ocorreu uma mudança do nível de escolaridade dos trabalhadores imigrantes, pois demonstra que na atualidade os mesmos se centram no ensino médio e não mais no superior. Que também em decorrência dessa mudança os salários se comparados houve uma redução em seus valores bem representativa. E, que a região Sul é a que mais concentra os trabalhadores imigrantes independentemente do gênero.

Dessa forma, não adianta termos leis em nosso ordenamento jurídico que trazem garantias aos imigrantes, pois para assegurar essa eficácia, e se alcançar a extensão de garantia e proteção dos direitos fundamentais, há necessidade não só de mudança cultural, principalmente empresarial, já que estamos num mundo capitalista. E, por outro lado ao avanço das políticas migratórias brasileiras, no sentido de dar plena efetividade na inserção do imigrante no mercado de trabalho e acima de tudo em vê-lo como o nosso irmão, e não apenas como o outro, visto que, não se admite que alguém poderá utilizar-se de artifícios visando prejudicar a quem quer que seja, sejam elas brasileiros ou imigrantes.

Referências Bibliográficas

BRASIL, Secretaria-Geral. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm>. Acesso em 28 jul. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 Abr. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 20 Abr. 2022.

CANDAU, Vera Maria. Educação em direitos humanos no Brasil: gênese, desenvolvimento e desafios atuais. *In*: PAIVA, Angela Randolpho. Direitos Humanos em seus desafios contemporâneos. Rio de Janeiro: Pallas, 2012.

CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T.; SILVA, B. G. Relatório Anual OBMigra 2022. Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos humanos e cidadania. 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004.

MISAILIDIS, Mitra Lerena; BOARETTO, Laira Beatriz. Os direitos fundamentais dos trabalhadores imigrantes no Mercosul: os excluídos socioeconômicos do bloco regional. **In:** Os direitos fundamentais dos refugiados (deslocados) ambientais e da exclusão socioeconômica. Org. BRAVO, Álvaro Sanchez; MISAILIDIS, Mirta Lerena. São Paulo: Verbatim, 2012.

SARLET WOLFGANG, Ingo. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002.

SILVA, Juliana Giovanetti Pereira. GIOVANETTI, Lais. A proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores migrantes frente à situação de vulnerabilidade. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/322630174>. Acesso em 28 jul. 2023.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu R e OLIVEIRA, Wagner F. A inserção dos imigrantes no mercado de trabalho informal: o que nos dizem as pesquisas domiciliares? Cavalcanti, L; Oliveira, T.; Macedo, M., Imigração e Refúgio no Brasil. Relatório Anual 2020. Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2020.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2000.

Boas Práticas de ESG na governação de Empresas Brasileiras e na Proteção do Meio Ambiente

Mariana Lopes Andrade

Sumário: Introdução; ESG no Brasil; Boas Práticas de ESG em Empresas Brasileiras: AMBEV, Unibanco, Natura, Vale. Conclusões e Referências

Resumo: O trabalho trata de casos de sucesso do ESG (Environmental, Social and Governance) na governação de empresas brasileiras. O objetivo é apresentar exemplos concretos de empresas que adotaram práticas ESG e obtiveram benefícios para si próprias, para a sociedade e para o meio ambiente.

Para isso, foram selecionados casos de empresas de diferentes setores, como a Ambev, Itaú Unibanco, Natura e a Vale, que adotaram iniciativas que contribuem para a preservação ambiental, o desenvolvimento social e a melhoria da governação corporativa.

Os resultados indicam que as empresas que adotam práticas ESG obtêm vantagens competitivas, como a melhoria da imagem institucional, a atração de novos investidores e a fidelização de clientes preocupados com questões socioambientais. Além disso, as iniciativas ESG também contribuem para a redução de riscos financeiros e operacionais, a melhoria da eficiência e da produtividade e o fortalecimento da cultura organizacional.

Conclui-se, portanto, que a adoção de práticas ESG pode ser benéfica não só para a empresa, mas também para a sociedade e o meio ambiente, e que essa tendência está se consolidando no Brasil, com a crescente preocupação dos investidores e consumidores com questões socioambientais e de governação corporativa.

Palavras-chave: ESG. Governação Corporativa. Empresas Brasileiras. Boas Práticas.

Introdução

O acrônimo ESG (do inglês, *Environmental, Social and Governance*) refere-se a critérios ambientais, sociais e de governação que as empresas devem considerar em suas práticas comerciais. Com o aumento da preocupação com a sustentabilidade e responsabilidade corporativa por parte dos investidores, o ESG tornou-se uma área cada vez mais importante para as empresas.

As empresas que estão comprometidas com o ESG geralmente são vistas como mais atraentes para os investidores, pois estão mais bem posicionadas para enfrentar desafios e aproveitar oportunidades no futuro. Além disso, as empresas que consideram o ESG em suas práticas comerciais podem criar valor para todas as partes interessadas, incluindo funcionários, clientes, acionistas e a comunidade em geral.

Uma das áreas-chave do ESG é a governação corporativa, que se refere a como as empresas são gerenciadas e operadas. Uma governação forte inclui uma liderança eficaz, transparência e responsabilidade, além de controles internos adequados e sistemas de gerenciamento de risco.

Nesse sentido, uma governação corporativa alinhada aos princípios do ESG pode ajudar a promover a sustentabilidade ambiental e social, uma vez que empresas que gerenciam seus impactos ambientais e sociais de forma eficaz podem proteger seu desempenho financeiro ao evitar, por exemplo, riscos legais e de reputação.

Logo, a adoção de práticas ESG tem o potencial de alterar significativamente a governação das empresas ao considerar uma série de fatores que vão além dos tradicionais indicadores financeiros e de desempenho.

Algumas maneiras pelas quais o ESG pode alterar a governação das empresas estão relacionadas com o(a):

- **Envolvimento dos acionistas:** a adoção de práticas ESG muitas vezes promove o envolvimento mais ativo dos acionistas na governação das empresas. Os acionistas podem usar sua influência para pressionar as empresas a adotarem práticas mais sustentáveis e responsáveis.
- **Transparência:** o ESG exige que as empresas sejam mais transparentes em relação ao seu desempenho em áreas não financeiras, como meio ambiente, questões sociais e governação. Isso pode incluir a divulgação de informações mais detalhadas sobre as emissões de gases de efeito estufa, as práticas de trabalho justo e outras questões importantes.
- **Foco em longo prazo:** o ESG pode levar as empresas a adotarem uma visão mais de longo prazo, em vez de se concentrarem exclusivamente nos resultados financeiros de curto prazo. Isso pode levar a um foco maior em investimentos de longo prazo em áreas como a sustentabilidade ambiental e a responsabilidade social.
- **Responsabilidade social:** a adoção de práticas ESG pode levar as empresas a se concentrarem mais na responsabilidade social. Isso pode incluir a adoção de práticas de recrutamento e contratação mais inclusivas, o estabelecimento de programas de voluntariado corporativo e outras iniciativas.
- **Gerenciamento de riscos:** o ESG pode levar as empresas a adotarem práticas de gerenciamento de riscos mais robustas, incluindo a identificação e mitigação de riscos ambientais, sociais e de governação. Isso pode levar a uma empresa mais resiliente e preparada para enfrentar desafios futuros.

Dessa forma, empresas que consideram o ESG tem governação corporativa mais transparente, responsável e focada no longo prazo, o que beneficia a própria empresa, seus acionistas e outras partes interessadas.

2. ESG no Brasil

O ESG tem ganhado destaque no Brasil nos últimos anos. Embora as práticas ESG ainda estejam em desenvolvimento no país, há um aumento significativo de empresas brasileiras que estão adotando esses critérios em suas práticas comerciais.

Esse movimento tem sido impulsionado por diversos fatores, como a crescente preocupação da sociedade com questões socioambientais, a pressão de investidores internacionais e a necessidade das empresas de se adaptarem a um ambiente regulatório cada vez mais exigente. Nesse contexto, muitas empresas brasileiras têm adotado práticas ESG, como a implementação de políticas de sustentabilidade, ações de responsabilidade social e a melhoria da governança corporativa. Além disso, os investidores têm se mostrado cada vez mais interessados em empresas que adotam essas práticas, o que tem levado muitas delas a incorporarem as considerações ESG em sua estratégia de negócios.

Um dos primeiros avanços do Brasil na agenda ocorreu em 2003 com a adesão ao Pacto Global da Organização das Nações Unidas por diversas empresas, que se comprometem a adotar práticas alinhadas aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) em suas estratégias e operacionais ao considerar dez princípios universais nas áreas de Direitos Humanos, Trabalho, Meio Ambiente e Anticorrupção, além de promover ações que contribuam no enfrentamento de desafios da sociedade. Atualmente, o Pacto Global é considerado a maior iniciativa de sustentabilidade corporativa do mundo, com mais de 16 mil participantes, entre empresas e organizações, distribuídos em 70 redes locais, que abrangem 160 países. O Brasil responde pela terceira maior rede local do mundo, com mais de 1,5 mil membros e mais de 40 projetos conduzidos no país abrangem, principalmente, os temas: Água e Saneamento, Alimentos e Agricultura, Energia e Clima, Direitos Humanos e Trabalho, Anticorrupção, Engajamento e Comunicação.

Outra iniciativa que também merece destaque no fomento às práticas ESG ocorreu em 2005 com a criação do Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE) pela B3 (antiga BM&FBOVESPA), a principal bolsa de valores do Brasil, em parceria com a consultoria Global Reporting Initiative (GRI) e com a Fundação Getúlio Vargas (FGV), que reúne empresas que se destacam em questões ambientais, sociais e de governança. O objetivo do ISE é avaliar o desempenho das empresas incentivando a adoção de boas práticas e a transparência em relação a essas questões.

A criação do ISE foi motivada pela crescente preocupação com as questões socioambientais no Brasil e no mundo, bem como pelo aumento da demanda dos investidores por informações e indicadores relacionados a ESG. A ideia era criar um índice que reunisse as empresas que mais se destacavam em termos de práticas sustentáveis e governança corporativa, permitindo que os investidores pudessem identificar oportunidades de investimento em empresas responsáveis e comprometidas com a sustentabilidade.

Para a criação do ISE, foi desenvolvida uma metodologia de avaliação baseada em indicadores de ESG, que considerava não apenas o desempenho atual das empresas nessas áreas, mas também sua capacidade de evolução e melhoria contínua. Além disso, as empresas precisavam atender a critérios de transparência e divulgação de informações, para garantir que seus resultados fossem confiáveis e acessíveis aos investidores.

Desde sua criação, o ISE tem se consolidado como uma referência em sustentabilidade empresarial no Brasil, reunindo empresas de diversos setores que se destacam em questões socioambientais e de governança corporativa. O índice tem ajudado a promover a adoção de práticas sustentáveis no setor empresarial brasileiro e a aumentar a conscientização dos investidores sobre a importância de considerar critérios ESG em suas decisões de investimento.

Além disso, o Brasil tem adotado regulamentações cada vez mais rigorosas em relação às questões ESG. Em 2010, instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos com a Lei nº 12.305/2010 que estabelece diretrizes para a gestão de resíduos ao promover a gestão integrada e o gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos, incluindo a redução, reutilização, reciclagem e disposição final. Em 2012, lançou o Plano de Ação para a Produção e Consumo Sustentáveis (PPCS) para fomentar o desenvolvimento sustentável através de medidas de produção e o consumo sustentáveis, incluindo ações de sensibilização e capacitação de empresas e consumidores, estímulo à adoção de práticas sustentáveis na cadeia produtiva da redução do consumo de recursos naturais e da melhoria da eficiência no uso dos recursos.

Em 2015, durante o Congresso Mundial ICLEI – Governos Locais pela Sustentabilidade, rede global composta por mais de 2.500 governos locais e regionais comprometidos com o desenvolvimento urbano sustentável, o Brasil começou a emitir os *greens bonds* (títulos verdes), modalidade de títulos de dívida no mercado financeiro elaborada pelo Banco Mundial, que tem por finalidade a captação de recursos com foco no investimento em projetos de caráter sustentável na redução das alterações climáticas. Os títulos verdes são emitidos por empresas e governos para financiar projetos ambientais e sociais. De acordo com o Bank of America, no primeiro trimestre de 2021, esse mercado atingiu recorde de 235 bilhões de dólares e o Brasil foi responsável por 79% da emissão de *green bonds* e *sustainability-linked bonds* (outro título lançado pela B3 atrelado a metas de diversidade) na América Latina.

Outro compromisso internacional adotado pelo Brasil foi o Acordo de Paris sobre mudanças climáticas e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU, durante a

Conferência das Partes – COP 21 em 2015, cujo objetivo é minimizar as consequências do aquecimento global. O cumprimento desses compromissos é uma demonstração do comprometimento do governo com a promoção de práticas sustentáveis e responsáveis.

O Plano Nacional de Adaptação à Mudança do Clima (PNMC) foi criado em 2016 com o objetivo de aumentar a capacidade do Brasil de enfrentar os impactos da mudança do clima e reduzir a vulnerabilidade de comunidades e ecossistemas. O plano estabelece uma série de medidas para fortalecer a capacidade de adaptação do país, incluindo ações de gestão de riscos e desastres, de preservação e recuperação de ecossistemas, entre outras.

Mais recentemente, em 2021, através do decreto de Lei nº 14.133/2021, o governo brasileiro estabeleceu novas regras para licitações e contratos públicos com foco em critérios sustentáveis e sociais.

É notável o avanço do ESG no Brasil nos últimos anos, no entanto, ainda há desafios a serem enfrentados e é importante que as empresas e o governo continuem a promover iniciativas e regulamentações que contribuam para a melhoria do desempenho em ESG no país.

3. Boas Práticas de ESG em Empresas Brasileiras

A crescente preocupação com as questões ambientais, sociais e de governança tem impulsionado a adoção de práticas sustentáveis por parte das empresas em todo o mundo como um importante fator de competitividade e valorização das empresas. Nesse contexto, empresas brasileiras como Ambev, Itaú Unibanco, Natura e Vale têm se destacado por suas iniciativas bem-sucedidas. Essas empresas têm investido em práticas sustentáveis e responsáveis em suas operações ao promover a redução de emissões de carbono, inclusão social, transparência e ética nos negócios, com resultados positivos em termos de desempenho financeiro e reputação.

3.1 AMBEV

A Ambev, empresa brasileira de bebidas e uma das maiores do mundo no setor, tem se comprometido com práticas sustentáveis e responsáveis ligadas à agenda ESG. Desde 2014, a Ambev possui comitês internos e externos multidisciplinares em que são discutidos programas de longo prazo focados no meio ambiente, inovação, impacto positivo, consumo responsável, ética, diversidade e inclusão aliados à estratégia.

Em relação ao meio ambiente, a Ambev se comprometeu com a redução de emissões de carbono em suas operações, adotando práticas como a geração de energia renovável e a

melhoria da eficiência energética. Também tem investido na gestão sustentável da água, um recurso vital para a produção de suas bebidas.

Na área social, adotou abordagem inclusiva e diversa, promovendo a igualdade de gênero e a inclusão de pessoas com deficiência em seus processos seletivos. Além de desenvolver projetos sociais em diversas comunidades do país, com foco em educação, cultura e desenvolvimento econômico.

Quanto à governança, assumiu práticas transparentes e éticas em seus negócios, com um forte comprometimento com a integridade e a conformidade regulatória. A empresa também tem investido na diversidade em seus órgãos de governança, com a presença de mulheres e pessoas de diferentes origens e experiências.

A Ambev faz parte da Rede Brasil do Pacto Global das Nações Unidas (ONU), iniciativa que reúne empresas brasileiras, em parceria com a comunidade internacional, que estão empenhadas no gerenciamento de seus negócios de forma sustentável.

Outra iniciativa foi a criação da plataforma Mundo Melhor que aborda temas relacionados a água, embalagem circular, agricultura sustentável, mudança climática, entre outros. Com a plataforma, a Ambev busca impulsionar o progresso na direção dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da ONU através da escala e parcerias para gerar mudança positiva.

3.2 Itaú Unibanco

O Itaú Unibanco é um das maiores instituições financeiras do Brasil com operações em outros países da América Latina, América do Norte, Europa e Ásia, oferecendo serviços bancários, de seguros e de investimentos a clientes individuais e corporativos. O banco estabeleceu metas ambiciosas para reduzir suas emissões de gases de efeito estufa, além de investir em projetos de energia renovável e empreendimentos sustentáveis. Também tem uma política rigorosa de responsabilidade social corporativa, incluindo iniciativas para apoiar a educação e a inclusão financeira.

Além disso, o Itaú tem implementado políticas para promover a diversidade e a inclusão em seus quadros e em suas práticas de negócios, bem como para aumentar a transparência e a responsabilidade em sua governança corporativa.

Após estudo e diagnóstico dos desafios globais da agenda de sustentabilidade, lançou em 2019 os Compromissos de Impacto Positivo que norteiam os negócios do Itaú nos próximos anos. Cada compromisso possui metas que são acompanhadas pela alta liderança e compartilhadas com toda a equipe. Dentro dos temas considerados estão ética nas relações

e nos negócios, gestão inclusiva e responsável, inclusão e empreendedorismo, cidadania financeira, financiamento em setores de impacto e investimento social privado.

Em 2020, o Itaú ganhou o prêmio “Melhores do ESG” desenvolvido pela ABC Associados, instituição que teve origem no Centro de Estudos em Sustentabilidade da Fundação Getúlio Vargas (FGVces), responsável pelas parcerias técnicas desta unidade para o Índice de Sustentabilidade Empresarial da B3 (ISE B3) e para o Guia Exame de Sustentabilidade. Para o prêmio são consideradas as principais práticas sociais, ambientais e de governança, além do comprometimento de empresas com o capitalismo de *stakeholder* no Brasil. Estavam aptas a participar empresas que em 2020 faturaram, no mínimo, 50 milhões de reais.

A metodologia do Melhores do ESG foi inspirada na interpretação livre de abordagens que enfatizam uma visão de mundo sistêmica em relação aos princípios ESG. Entre elas destacam-se os padrões da Global Reporting Initiative (GRI), do Guia de Sustentabilidade para Empresas do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) e de iniciativas como Planetary Boundaries Framework, Ecological Footprint, Doughnut Economics, entre outras.

3.3 Natura

A Natura é uma empresa de cosméticos brasileira que é amplamente reconhecida por suas práticas sustentáveis e responsáveis. Considerada líder em ESG no Brasil, também é reconhecida internacionalmente por suas iniciativas em ESG, sendo uma das maiores empresas usuárias de ingredientes naturais e orgânicos em seus produtos, além de adotar práticas sustentáveis em suas operações, como a utilização de energia renovável e a redução do consumo de água e energia. A Natura começou a medir seu impacto de carbono em 1998 e desde 2007 é carbono neutro, e o grupo Natura &Co (com Avon, The Body Shop e Aesop) assumiu o compromisso de zerar as emissões líquidas de gases de efeito estufa até 2030. Com uma forte política de gestão ambiental, estabeleceu metas ambiciosas e uma de suas políticas é a de zero desperdício em relação aos resíduos que produz.

Em 2014, tornou-se a primeira empresa de capital aberto de origem brasileira a tornar-se empresa do Sistema B, que é uma certificação internacional que avalia práticas de sustentabilidade industrial, diversidade entre os colaboradores, presença de mulheres em cargos gerenciais e até a possível existência de ocorrências negativas como denúncias de qualquer tipo ou multas.

De acordo com Marcelo Behar, vice-presidente de Sustentabilidade e Assuntos Corporativos da Natura &Co, a empresa tem um “plano abrangente de sustentabilidade que intensificará nossas ações para enfrentar algumas das questões globais urgentes, como a crise climática, o desmatamento da Amazônia, a violação dos direitos humanos, a desigualdade social, a produção excessiva de resíduos e a busca por uma economia regenerativa. É com base nesse plano que organizamos nossas ações e objetivos ESG nos mais de cem países em que atuamos.”

Em maio de 2021, a Natura &Co captou US\$ 1 bilhão em títulos atrelados à sustentabilidade e, portanto, cerca de 40% do total da dívida do grupo está conectado às metas de sustentabilidade.

Além disso, a empresa conta com uma forte política de responsabilidade social e está comprometida com a inclusão e a diversidade, com iniciativas de apoio à educação e igualdade de gênero. Também trabalha junto aos seus fornecedores para melhorar as condições de vida e trabalho das comunidades em que opera.

Quanto à governança corporativa, a Natura tem uma política rigorosa, comprometida com a transparência, ética e gestão de riscos. Historicamente, segue uma política de investimento responsável em empresas que compartilham seus valores e compromissos em ESG.

Com presença em mais de 110 países e receita líquida consolidada de R\$ 36 bilhões, a Natura é um exemplo de como as empresas brasileiras podem adotar práticas mais sustentáveis e responsáveis para se tornarem mais competitivas globalmente e enfrentarem os desafios ambientais e sociais atuais.

3.4 VALE

A Vale, empresa brasileira de capital aberto, listada na bolsa de valores de São Paulo, Nova York e Hong Kong e uma das maiores mineradoras do mundo, é especializada na extração e produção de minerais como minério de ferro, níquel, cobre, carvão, entre outros.

Após o desastre da barragem de Brumadinho em 2019, a empresa passou a ser ainda mais pressionada pelos investidores e pela sociedade em geral para melhorar seu desempenho em relação a esses critérios ESG. Nesse sentido, tem avançado na melhoria da sua gestão ambiental e social, e estabeleceu um programa para inspecionar e reforçar as barragens em suas minas, além de aumentar a transparência em suas operações e se comprometer com metas de emissões de gases de efeito estufa.

A frequência de monitoramento das estruturas e as avaliações de seus estados de conservação foi reforçada, alinhadas às práticas internacionais, de forma a adiantar os

problemas por meio de medidas preventivas e corretivas. Um exemplo desse movimento foi a criação, ainda em 2019, de três Centros de Monitoramento Geotécnico (CMG), que monitoram as barragens 24/7 para garantir informações úteis à melhor tomada de decisão.

Após o desastre, a Vale promoveu uma série de iniciativas como a Revisão da Política Global de Direitos Humanos (2019), incluindo realização de Consulta Pública; o Risco de Violação de Direitos Humanos passou a integrar no Mapa Global Integrado de Risco da Vale em 2020; Capacitação em Direitos Humanos passou a ser obrigatória para todos os empregados - mais de 73 mil empregados (100%) capacitados em 2021. Desde 2020, 100% das operações registram seus riscos de violações de Direitos Humanos no sistema global de gestão de riscos da Vale e são monitorados pela área de Direitos Humanos.

O uso de novas tecnologias também merece destaque. A empresa tem atuado ativamente para aumentar a recuperação de minério no processo de beneficiamento, reduzir rejeitos, implementar novas soluções de descarte e aprimorar os controles operacionais, além da gestão de segurança das barragens.

4. Conclusão

O avanço do Brasil nas questões ESG pode ser observado através das várias iniciativas adotadas tanto pelo governo como pelo mercado (empresas em geral), como a criação de índices de sustentabilidade empresarial, a ampliação da regulação e o aumento da conscientização sobre a importância das questões ESG para a competitividade e o desenvolvimento sustentável das empresas. Esse movimento pode ser justificado por meio da crescente pressão de investidores internacionais, reguladores e consumidores por práticas mais sustentáveis e responsáveis.

O maior destaque está na ampliação da regulação e na criação de incentivos para empresas que adotam práticas sustentáveis e responsáveis. Além do crescente envolvimento do setor financeiro, com a ampliação dos investimentos em empresas que adotam práticas ESG.

É importante considerar que a ampliação das práticas ESG no Brasil é fundamental para o fortalecimento da competitividade das empresas brasileiras e para a promoção do desenvolvimento sustentável do país uma vez que os princípios do ESG são uma tendência mundial, necessária e irreversível no mercado atual. As empresas que adotam práticas sustentáveis e responsáveis têm maior capacidade de atrair investimentos, melhorar sua reputação e gerar impactos positivos para a sociedade e o meio ambiente.

Nesse sentido, adotar as práticas ESG é uma oportunidade única para que as empresas brasileiras se tornem líderes globais em sustentabilidade e responsabilidade social e as empresas consideradas neste ensaio, Ambev, Itaú Unibanco, Natura e Vale, têm se destacado no cenário corporativo brasileiro por suas iniciativas bem-sucedidas em ESG e demonstrado os benefícios do desenvolvimento econômico e social sustentável.

Ainda assim, há desafios a serem superados para a ampliação das práticas ESG no Brasil, especialmente em relação à governança corporativa e à transparência. É fundamental que as empresas brasileiras avancem na adoção de práticas sustentáveis e responsáveis em suas operações, com uma gestão transparente e ética.

Uma crítica frequente e que pode ser considerada nesse contexto é a falta de padronização dos critérios e métricas utilizados para avaliar e relatar o desempenho ESG, o que torna complexa a medição e avaliação do impacto ESG. A ausência de uma estrutura uniforme pode levar a interpretações variadas e falta de transparência nas informações divulgadas pelas empresas. Além disso, a longo prazo, pode ser difícil atribuir impactos específicos a ações ESG específicas, tornando a mensuração e comunicação do progresso desafiadoras.

Outro problema é o "*greenwashing*", prática em que as empresas utilizam estratégias de marketing para criar uma imagem de sustentabilidade e responsabilidade social para obter vantagens competitivas, mas sem de facto adotar práticas concretas. Embora muitas empresas tenham aderido ao discurso ESG, algumas críticos apontam que a implementação efetiva de práticas sustentáveis ainda é lenta.

Ainda é preciso considerar que muitas empresas e investidores possuem um entendimento limitado sobre os princípios e a importância do ESG. A falta de conscientização e educação sobre a temática pode dificultar a adoção generalizada de práticas ESG e limitar o impacto das iniciativas existentes.

Entretanto, apesar dos desafios postos e que precisam ser superados, é inegável o avanço da agenda no Brasil.

5. Bibliografia

- Blair, M. M. (1995), *Ownership and Control: Rethinking Corporate Governance for the Twenty-First Century*, Washington, The Brookings Institution Press.
- Larcker, D. e B. Tayan (2015), *Corporate Governance Matters: a closer look at organizational choices and their consequences*, 2 nd ed., Pearson FT Press
- Tricker, B. (2019), *Corporate Governance – Principles, Policies and Practices*, 4 rd ed, Oxford University Press.

ANTUNES, M. A. & Procianoy, J. L. (2003). Os efeitos das decisões de investimento das empresas sobre os preços de suas ações no mercado de capitais. *Revista de Administração da USP*, 38, (1), 5-14.

ASHLEY, P. A., Coutinho, R., & Tomei, P. A. (2000). Responsabilidade social corporativa e cidadania empresarial. In *ENANPAD*, 24, Anais. ANPAD, Rio de Janeiro.

BETHÔNICO, T. Entenda o que é ESG e por que a sigla virou febre no mundo dos negócios. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 29 de jun. de 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/06/entenda-o-que-e-esg-e-por-que-a-siglavirou-febre-no-mundo-dos-negocios.shtml>. Acesso em: 30 de abril de 2023.

FORBES. Forbes ESG. 5 ações essenciais para elaborar um relatório ESG com foco no clima. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbesesg/2021/09/5-acoes-essenciais-para-elaborar-um-relatorio-esg-com-foco-no-clima/>. Acesso em: 30 de abril de 2023.

WERLICH, A. L.; ROSA, F. S. O desempenho de práticas environmental, social and governance em ambientes corporativos brasileiros. Conferência Sul Americana de Contabilidade Ambiental (CSCA) – Sociedade e Contabilidade: Presente e Futuro do Desenvolvimento Sustentável [evento online], 7ª ed. 2021.

ABNT NBR ISO 26000:2010. Diretrizes sobre responsabilidade social Guidance on social responsibility Primeira edição NORMA BRASILEIRA 01.11.2010. ISBN 978-85-07-02363-0 AVI-YONAH, Reuven. *The Cyclical Transformations Of The Corporate Form*. Delaware journal of corporate law. vol 30. 2005.

MARCONDES, Adalberto Wodianer; BACARJI, Celso Dobes. ISE: sustentabilidade no mercado de capitais. São Paulo: Report, 2010. 93 p.

BM&FBOVESPA. Índice de sustentabilidade empresarial. O valor do ISE. São Paulo, 2012. Disponível em: Acesso em 13 de maio de 2023.

PACTO GLOBAL, Iniciativa. Disponível em: <https://pactoglobal.org.br/a-iniciativa>. Acesso em 13 de maio de 2023.

AMBEV, Sustentabilidade. Disponível em: <https://www.ambev.com.br/sustentabilidade>. Acesso em 13 de maio de 2023.

ITAÚ, Estratégia ESG. Disponível em: <https://www.itau.com.br/sustentabilidade/estrategia-esg/>. Acesso em 13 de maio de 2023.

ITAÚ, Melhores do Ano. Disponível em: <https://www.itau.com.br/relacoes-com-investidores/noticias/itau-foi-selecionado-pela-exame-entre-as-empresas-de-destaque-no-premio-melhores-do-esg/>. Acesso em 13 de maio de 2023.

AAA, Case Natura - ESG. Disponível em: <https://blog.aaainovacao.com.br/case-natura-governanca-corporativa/>. Acesso em 13 de maio de 2023.

FORBES, Especial ESG: Natura &Co. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbesesg/2021/08/especial-esg-natura-co/>. Acesso em 13 de maio de 2023.

VALE, Controle e Gestão de Barragens. Disponível em: <https://vale.com/pt/web/esg/controle-e-gestao-de-barragens>. Acesso em 13 de maio de 2023.

VALE, Direitos Humanos. Disponível em: <https://vale.com/pt/web/esg/direitos-humanos>. Acesso em 13 de maio de 2023.

Questões Extrajudiciais e de Processo Civil Aplicadas à Indústria do Entretenimento e Novas Tecnologias - Racionalização do Acesso à Justiça.

*Extrajudicial and Civil Procedure issues Applied to the Entertainment Industry and New Technologies -
Rationalization of Access to Justice.*

Mariana Molisani¹

Sumário: 1. Fase pré-processual – Acesso à Justiça; 2. Breve análise sobre contratos; 3. A influência do Novo Código de Processo Civil nos processos judiciais relacionados à indústria do Entretenimento na área musical e novas tecnologias; 4. Escassa Judicialização x Legislação; 5. Desafios do Poder Judiciário; Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho visa elucidar questões extrajudiciais e de processo aplicadas à indústria do Entretenimento na área musical e novas tecnologias, tais como soluções de conflitos na esfera extrajudicial, empoderamento das partes na fase extrajudicial e de processo, breve análise sobre contratos e a influência do Novo Código de Processo Civil nos processos judiciais relacionados à indústria do Entretenimento na área musical e novas tecnologias.

A busca pelo judiciário para dirimir as demandas do seguimento vem trazendo desafios em razão da pouca judicialização invocando o tema, principalmente por ser um seguimento que anualmente movimentava milhões e por possuir várias cadeias de relações contratuais em um único evento.

A pretensão consiste em explorar questões de processo civil aplicadas à indústria do entretenimento no ramo musical, seguindo uma linha histórica, que vai desde a fase pré-processual, que consiste no ajuste de intenções/contratos e a efetividade da sua aplicação, a busca pela solução de conflitos na esfera extrajudicial e pôr fim a judicialização, sendo necessário inserir-se na análise da influência do Novo Código de Processo Civil (CPC) na fase pré-processual e nos processos judiciais.

Com o advento das novas tecnologias o seguimento vem enfrentando desafios na compreensão do exponencial crescimento das controvérsias. A questão vem gerando inquietação sobre direitos autorais tanto no âmbito moral quanto no âmbito patrimonial.

A Pouca legislação que regulamenta os direitos autorais seria suficiente para inibir infrações aos direitos autorais?! O julgamento da matéria sem a regulamentação específica em razão da inovação mercadológica traria prejuízos ao seguimento?

Apesar do Judiciário mover contínuos esforços para proporcionar cada vez mais soluções adequadas através da construção do consenso e na promoção do efetivo acesso à justiça, os avanços tecnológicos se superam a cada dia, dificultando ao Judiciário a construção de interpretação legal para dirimir eventuais infrações aos direitos autorais e de maneira assertiva, incentivar as boas práticas mercadológicas.

Palavras-chave: Processo Civil; Direito do Entretenimento; Novas tecnologias; Acesso à Justiça.

¹ Doutoranda em Direito Público e Evolução Social, Mestre em Direito Público e Evolução Social pela UNESA/RJ, Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela UNESA, Pós-graduada em Processo Civil pelo CEPED/UERJ. MBA em Propriedade Intelectual, Direito e Ética na UCAM. Membro efetivo da Comissão de Direito da Moda da Ordem dos Advogados do Brasil da Seccional do Rio de Janeiro. Membro Consultor da Comissão de Propriedade Intelectual da OAB/SP Jabaquara - Saúde. Membro efetivo da Comissão de direitos autorais, imateriais e entretenimento da Ordem dos Advogados do Brasil da Seccional do Rio de Janeiro. Advogada no escritório Molisani Sociedade Individual de Advocacia – Universidade Estácio de Sá, Brasil. E-mail: mariana@molisaniadvogados.com.br.

Abstract: The work presented aims to elucidate extrajudicial and lawsuit related issues applied to the entertainment industry in the musical area and new technologies, such as conflict resolution in the extrajudicial environment, empowerment of the parties in the extrajudicial and procedural phase, a brief analysis of contracts and the influence of the New Code of Civil Procedure in legal proceedings related to the entertainment industry in the musical area and new technologies.

The search for the justice system to settle the demands of this department has been bringing challenges due to the little judicialization around the theme, mainly because it moves millions annually and has several chains of contractual relationships in a single event.

The intention is to explore issues related to civil lawsuits when applied to the entertainment industry in the music industry, following a historical line, which goes from the pre-lawsuit phase, which consists of the adjustment of intentions/contracts. The effectiveness of their application, the search for conflict resolution in the extrajudicial environment in order to put an end to judicialization, making the insertion in the analysis of the influence of the New Code of Civil Procedure (CPC) in the pre-procedural phase and in the judicial processes a necessity. With the advent of new technologies, this segment has been facing challenges in understanding the exponential growth of controversies. The issue has been causing copyright related concerns, both in the moral and patrimonial ways.

Would the small amount of legislation that regulates copyright be enough to inhibit copyright infringements?! Would judging the matter without specific regulation due to market innovation harm the subject?

Despite the Justice system making continuous efforts to provide more appropriate solutions through the construction of a consensus and the promotion of an effective access to justice, meanwhile technological advances are frequently happening, making it difficult for the Judiciary to build a legal interpretation to resolve possible violations of copyright and assertively encourage good marketing practices.

Keywords: Civil Procedure; Entertainment Law; New technologies; Access to justice.

1. Fase Pré-Processual – Acesso à Justiça.

O acesso à justiça é garantia constitucional, inerente ao ser humano, onde a busca pela reivindicação ou proteção de seus direitos faz parte do Estado democrático de Direito, onde o Estado tem seu poder limitado pelos direitos dos cidadãos, respeitando os princípios da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho/da livre iniciativa e o pluralismo político. (art. 3 CRFB/88)

Podemos por diversas perspectivas analisar o acesso à justiça, considerando o abocamento à justiça como acesso à ordem jurídica respeitável, a confiabilidade para submeter os litígios ao Judiciário decorre de resultados observados na aplicação da solução de demandas de forma pelo menos satisfatória em relação a proteção do direito invocado.

Atualmente, conforme se verifica por simples pesquisa jurisprudencial, os temas submetidos à análise do Poder Judiciário não têm a eficácia esperada, o que nos leva a questionar qual o motivo, ou quais os motivos que impedem a justa análise do caso.

No ramo do entretenimento tem se o costume de agir dentro da informalidade e como na maioria das vezes os negócios jurídicos são celebrados de forma verbal, a solução

em caso de conflito não se torna fácil, inegavelmente custosa e morosa ante a necessidade da produção de provas constitutivas do direito invocado.

A conscientização de que existe a real necessidade de materializar os pactos através de instrumentos contratuais adequados que visam garantir eficiência na solução em caso de litígio - em caso de descumprimento da avença celebrada – antecede a fase processual e deve ser priorizada a fim de fazer valer os negócios jurídicos celebrados, regulamentados e regrados por instrumentos adequados, a fim de resguardar os direitos invocados e inibir práticas mercadológicas inapropriadas.

O atuar na fase extrajudicial contribui sem sombra de dúvida para o julgamento mais justo e adequado caso o objeto tratado seja submetido à apreciação do Poder Judiciário.

Assim como o regramento claro e específico do objeto negocial se fazem essenciais, a capacitação profissional dos operadores do direito é crucial para a busca e efetivação de um negócio jurídico equilibrado e eivado de boa-fé. E caso seja judicializado, que o Juízo que recepcionar a lide possa entender o direito invocado e utilizar de regramento adequado na solução do conflito, proferindo a sentença com maestria.

O Novo Código de Processo Civil (NCCP) inovou com importantes alterações que podem impactar os litígios na área de propriedade industrial, tais como a positivação de princípios constitucionais como: duração razoável do processo, o contraditório participativo, a isonomia, dignidade da pessoa humana, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, a legalidade, publicidade, transparência e eficiência (BRASIL, 2015).²

O Código de Processo Civil em seu § 3º dispõe que o Estado promoverá, sempre que possível a solução consensual dos conflitos e a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

A forma mais usual pelas partes envolvidas nos litígios que envolvem discussões sobre propriedade intelectual é a autocomposição, ou seja, a valorização da vontade das partes, baseada na flexibilização integral ou parcial do interesse das partes sem a imposição de decisão judicial.

Na autocomposição existem 3 espécies: a transação, a submissão e a renúncia.

Segundo Daniel Amorim a autocomposição é um gênero, do qual são espécies a transação – a mais comum -, a submissão e a renúncia. Na transação há um sacrifício recíproco de interesses, sendo que CAD parte abdica parcialmente de sua pretensão para que se atinja a solução do conflito. Trata-se

² BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 27 nov. 2022.

do exercício de vontade bilateral das partes, visto que quando um não quer dois não fazem a transação. Na renúncia e na submissão o exercício de vontade é unilateral, podendo até mesmo ser consideradas soluções altruístas do conflito, levando em conta que a solução decorre de ato da parte que abre mão do exercício de um direito que teoricamente seria legítimo. Na renúncia, o titular do pretensão direito simplesmente abdica de tal direito, fazendo-o desaparecer juntamente com o conflito gerado por sua ofensa, o sujeito se submete à pretensão contrária, ainda que fosse legítima sua resistência (NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves, Manual de direito processual civil – volume único, 12ªed – Salvador: ED. JusPodivm, 2019, p.63)³

O ambiente do entretenimento é extremamente competitivo o que estimula substancial quantia monetária, assim sendo, é fundamental a resolução de litígios de forma célere a fim de evitar prejuízos, desperdício de tempo e de dinheiro em disputa, onde, ao final mesmo com sucesso no litígio, sempre existe alguma perda, ainda que seja de relacionamento.

A busca pelo judiciário para dirimir as demandas do seguimento vem trazendo desafios em razão da pouca judicialização invocando o tema, principalmente por ser um seguimento que anualmente movimenta milhões e por possuir várias cadeias de relações contratuais em um único evento.

Sugere-se então o enfoque na esfera extrajudicial através do ajuste de intenções/contratos e a efetividade da sua aplicação, a fim de possibilitar a análise adequada do caso pelo Poder Judiciário que terá instrumentos hábeis para julgar através de uma sentença bem fundamentada e proferida em um processo participativo, ou seja, em um processo que almeja um resultado justo.

2. Breve Análise sobre Contratos.

Em um mercado em que se movimenta uma quantia considerável e é inegável reconhecer o impulsionamento na economia, não se pode permanecer com a visão de que o costume social em agir dentro da informalidade é a forma mais adequada para a prática comercial.

Os direitos inerentes a propriedade intelectual se dividem em morais e patrimoniais, a autoria deve ser sempre atribuída às obras e os valores decorrentes de sua utilização estimulam a o mercado entre editoras, produtoras e gravadoras, assim como a continuidade na produção autoral a fim de agregação patrimonial ou de fonte de subsistência, inevitável o entendimento de que se deve respaldar essas relações e aplicar o regramento adequado através da confecção de cláusulas contratuais fechadas e específicas, de forma clara e objetiva,

³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves, Manual de direito processual civil – volume único, 12ªed – Salvador: ED. JusPodivm, 2019, p.63

a fim de resguardar os direitos ali cedidos ou licenciados em todas as suas modalidades de uso.

“A despeito da patrimonialidade ser marca distintiva nos contratos, deve-se ter em mente que ela não é o fundamento de sua juridicidade, que deita raízes na principiologia constitucional. Assim, sempre é necessário priorizar a perspectiva funcional, identificando os interesses em jogo e avaliando se, no acordo firmado, não obstante a sua gratuidade, havia a finalidade de se empenhar reciprocamente na relação jurídica, e verificar se estavam presentes interesses jurídicos merecedores de tutela.” (Página 49 e-book kindle Fundamentos do direito civil, vol. 3 Contratos / Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder, Paula Greco Bandeira. 2. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2021.)⁴

Outro ponto que merece destaque é a observância do princípio da boa-fé a ser aplicada nos contratos, pois mesmo sem a intenção de formalizar um contrato, o acordo celebrado entre as partes sem o intuito de solenizar vínculos jurídicos pode gerar violação ao princípio da boa-fé e dever de indenizar.

Tal fenômeno adquire enorme repercussão prática no âmbito da responsabilidade civil e da interpretação contratual, atraindo por vezes, mercê do princípio da boa-fé objetiva, incidência da disciplina jurídica dos contratos. (Página 50 e-book kindle Fundamentos do direito civil, vol. 3 Contratos / Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder, Paula Greco Bandeira. 2. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2021)⁵

Merece atenção especial os contratos de cessão e licenciamento de direitos autorais em razão da especificidade e da possível gama de utilização e impulsionamento da obra conforme se verifica no art.49 e 50 da LDA. (Lei 9610/98)⁶

Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações:

I - a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei;

II - somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita;

III - na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos;

IV - a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário;

V - a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato;

⁴ Página 49 e-book kindle Fundamentos do direito civil, vol. 3 Contratos / Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder, Paula Greco Bandeira. 2. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2021

⁵ Página 50 e-book kindle Fundamentos do direito civil, vol. 3 Contratos / Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder, Paula Greco Bandeira. 2. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2021

⁶ BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 20 fev. 1998.

VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

Art. 50. A cessão total ou parcial dos direitos de autor, que se fará sempre por escrito, presume-se onerosa.

Portanto, cada contrato confeccionado deve atender aos interesses da negociação entabulada entre as partes, com cláusulas específicas, justas e sem dúvida interpretação a fim de assegurar os direitos e deveres entre as partes.

3. A Influência do Novo Código de Processo Civil nos Processos Judiciais Relacionados à indústria do Entretenimento na Área Musical e Novas Tecnologias.

A preservação da criação, do respaldo ao direito autoral, sofre constantes desafios.

O exame dos princípios e pressupostos que conduzem os institutos processuais deve se basear nas características do direito material protegido e sua aplicabilidade na prática profissional deve ser interpretada e conduzida pelos parâmetros definidos na legislação processual civilista.

Com o advento das novas tecnologias e a pouca legislação que regulamenta a proteção dos direitos autorais, a ausência de regulamentação específica para o uso da inteligência artificial, vem gerando diversos transtornos e trazendo a baila diversas discussões sobre quem é o autor da criação e de quem as deve autorizar, assim como as possibilidades de uso.

Reportando à época em que a internet foi disponibilizada aos usuários criando um cenário para o mercado das obras musicais, houve diversas discussões sobre a utilização dessa tecnologia até que casos foram judicializados e por consequência regradados por decisões judiciais.

“Esse novo cenário digital, causou, no mercado das obras musicais, embates jurídicos referentes ao recolhimento dos direitos autorais, especialmente, em relação a natureza e classificação da tecnologia streaming e, se em virtude da utilização dessa tecnologia, caberia ou não ao ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição) fiscalizar e cobrar direitos autorais relativos a execução pública, conforme previsão do artigo 68 da Lei de Direitos Autorais.”(<<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-entendimento-do-recurso-especial-de-n-1559264-rj-nos-casos-de-execucao-publica-na-tecnologia-streaming/661683799>> Acesso em :18 ago 2023, 20:30:12.)⁷

No entanto diversas demandas não são judicializadas ou são objeto de autocomposição. Soma-se o fato de que a legislação vem para regulamentar após o surgimento de hipótese não

⁷ <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-entendimento-do-recurso-especial-de-n-1559264-rj-nos-casos-de-execucao-publica-na-tecnologia-streaming/661683799>> Acesso em :18 ago 2023, 20:30:12.

existentes e que quando do surgimento, alteram a realidade fática e os costumes, necessitando de regramento específico.

Os desafios para a regulamentação da atividade inventiva realizada através de inteligência artificial são inúmeros, uma vez que afasta do conceito de autor insculpido pelos primeiros diplomas normativos relativo ao direito autoral que se arrastam até hoje, com poucas adequações. Menciona-se, por fim, que o direito autoral não é requisito para a exploração da criação, tendo sobretudo na internet a exploração através de publicidade, conteúdo atrativo, capazes de gerar a monetização a quem a lei determinar como detentor da criação. (<<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/direitos-autorais-sobre-obras-criadas-por-inteligencia-artificial/1450141919>> Acesso em: 18 ago 2023, 20:44:10)⁸

No cenário atual, as discussões estão pautadas, uma delas pela utilização da inteligência artificial na recriação da vida de pessoas falecidas para a criação e veiculação de um comercial.

Verifica-se no caso exemplificado acima a interdisciplinaridade entre as disciplinas para que seja possível avaliar o caso em todas as suas vertentes e para que seja possível chegar a um consenso ético e legal sobre a utilização da inteligência artificial no caso especulado.

Percebe-se que é fundamental o regramento da utilização da inteligência artificial a fim de incentivar a sua utilização ética e por consequência, estimular a sua recepção pelos usuários e pelos receptores do material produzido.

4. Escassa Judicialização X Legislação

Com o advento das novas tecnologias o seguimento vem enfrentando desafios na compreensão do exponencial crescimento das controvérsias, nesse sentido, surgem os questionamentos:

1. A Pouca legislação que regulamenta os direitos autorais seria suficiente para inibir infrações aos direitos autorais?
2. Os acordos firmados entre as partes, em sede extrajudicial são eficazes ou devem ser submetidos ao crivo do Judiciário?
3. O julgamento da matéria sem a regulamentação específica em razão da inovação mercadológica traria prejuízos ao seguimento?

Ainda não se tem resposta assertiva e definitiva para as questões acima trazidas, porém inegável a percepção de que existe a necessidade de enfrentar essas questões a fim de dar respaldo a utilização da inteligência artificial e respaldar os direitos autorais em todas as suas modalidades de utilização, fato é que traz desafios ao Poder Judiciário.

5. Desafios do Poder Judiciário.

⁸<<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/direitos-autorais-sobre-obras-criadas-por-inteligencia-artificial/1450141919>> Acesso em: 18 ago 2023, 20:44:10.

Com o advento das novas tecnologias o seguimento vem enfrentando desafios na compreensão do exponencial crescimento das controvérsias. A questão vem gerando inquietação sobre direitos autorais tanto no âmbito moral quanto no âmbito patrimonial.

6. Considerações Finais.

Atualmente a judicialização de processos impõe ao Poder judiciário o julgamento de casos em que existe a necessidade de melhor regulamentação legislativa, onde cabe a aplicação dos princípios constitucionais como medida de proteção aos direitos.

A multiplicidade das relações contratuais e por consequência dos negócios jurídicos celebrados no ramo do entretenimento traz o desafio da aplicação da legislação ao caso concreto.

Diante disto, percebe-se que o alcance dos direitos morais e patrimoniais precisa ser mais bem regulamentado e a legislação vigente necessita ser ampliada a fim de atender as necessidades do seguimento.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 20 fev. 1998.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 ago. 2023.

Fundamentos do direito civil, vol. 3 Contratos / Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder, Paula Greco Bandeira. 2. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/direitos-autorais-sobre-obras-criadas-por-inteligencia-artificial/1450141919>> Acesso em: 18 ago 2023, 20:44:10.

<<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-entendimento-do-recurso-especial-de-n-1559264-rj-nos-casos-de-execucao-publica-na-tecnologia-streaming/661683799>> Acesso em :18 ago 2023, 20:30:12.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves, Manual de direito processual civil – volume único, 12ªed – Salvador: ED. JusPodivm,2019, p.63.

As Alterações ao Código Penal Espanhol na Sequência do Caso “La Manada”: Exemplo a Seguir pelo Ordenamento Jurídico Português?

The Modifications to the Spanish Criminal Code Following the “La Manada” Case: an Example to the Portuguese Legal System?

Mariana Vilas Boas¹

Sumário: 1. O regime das agressões e abusos sexuais previsto no Código Penal espanhol (CPE) antes das alterações introduzidas pela Lei Orgânica (LO) n.º 10/2022, de 6 de setembro; 2.O caso “La Manada”; 3.A LO 10/2022, de 6 de setembro; 4.A LO 4/2023; 5.Análise crítica da reforma espanhola e reflexão sobre o regime português dos crimes sexuais; Considerações Finais.

Resumo: Com este breve estudo, pretendemos analisar algumas das alterações introduzidas no Código Penal Espanhol pelas Leis Orgânicas n.º 10/2022, de 6 de setembro e n.º 4/2023, de 27 de abril, respeitantes ao crime de agressões sexuais e ao antigo crime de abusos sexuais. Procuraremos contextualizar as ditas alterações nos contextos social, político e jurídico espanhol, marcados pela polémica suscitada pelo caso “La Manada”. *Ad final*, buscaremos relacionar as ilações resultantes desta análise, que se centrará somente em vítimas adultas, com eventuais sugestões quanto ao regime penal português dos crimes contra a liberdade sexual. Não se fará um estudo comparado, embora se adote uma “perspectiva comparativa”. Será também um estudo jurisprudencial e doutrinário. Atentaremos, então, particularmente, no conceito de consentimento agora expressamente previsto na lei espanhola, que adota o modelo “*solo si es sí*” e procuraremos perceber se a equiparação dos abusos e agressões em termos punitivos era solução pertinente para o problema da revitimização. Terminaremos ponderando se a lei espanhola relativa aos crimes sexuais evoluiu, afinal, desde 2022, favoravelmente quanto à proteção das vítimas deste tipo de violência de género. Antecipa-se que nos parece que a ideia de que “há agressão sexual quando não há consentimento” veio para ficar. Também para concluir, tentaremos discernir, em face da imposição da Convenção de Istambul de os Estados criminalizarem os atos sexuais não consentidos (artigo 36.º), se a lei portuguesa – que, atualmente, coloca a tónica na prática de atos sexuais “contra a vontade cognoscível da vítima” – deverá, pelo menos, parcialmente, seguir o exemplo espanhol.

Palavras-chave: Abuso sexual; Agressão sexual; Violação; Caso “La Manada”; Convenção de Istambul.

Abstract: With this brief study we intend to analyse some of the changes introduced to the Spanish Criminal Code by Organic Laws no. 10/2022, of September 6 and no. 4/2023, of April 27, concerning the crime of sexual assault and the former crime of sexual abuse. We will try to contextualize these changes in the Spanish social, political, and legal contexts, marked by the controversy raised by the “La Manada” case. Finally, we will seek to relate the conclusions resulting from this analysis, which will focus only on adult victims, with suggestions regarding the Portuguese law on crimes against sexual freedom. We will not conduct a comparative study, but we will adopt a “comparative perspective”. This will also be a jurisprudential and doctrinal study. We will pay special attention to the definition of consent now expressly provided for in Spanish law, which adopts the “*solo si es sí*” model, and

¹ Investigadora na Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Centro de Estudos e Investigação em Direito, Portugal e doutoranda em Direito com bolsa financiada pela Fundação para a Ciência e Tecnologia I. P. E-mail: s-mmboas@ucp.pt

we will seek to understand whether the assimilation of sexual abuse and aggressions, in punitive terms, was a pertinent solution to the problem of revictimization. We will end by considering, in the light of what has been said, whether the Spanish law on sexual crimes has evolved favourably since 2022 in terms of the protection of victims of this type of gender-based violence. It seems to us that the idea that "there is sexual assault when there is no consent" is here to stay. Also, to conclude, we will try to discern, in view of the imposition of the Istanbul Convention on States to criminalize non-consensual sexual acts (Article 36), whether Portuguese law – which currently places the emphasis on the practice of sexual acts "against the discernible will of the victim" – should, at least partially, follow the Spanish example.

Keywords: Sexual abuse; Sexual assault; Rape; “La Manada” case; Istanbul Convention.

1.O Regime das Agressões e Abusos Sexuais Previsto no Código Penal Espanhol (CPE) antes das Alterações Introduzidas pela Lei Orgânica (LO) n.º 10/2022, de 6 de Setembro

A lei penal espanhola relativa aos crimes sexuais, consagrada no CPE de 1848, que vigorou durante todo o período da ditadura franquista, sofreu uma mudança fundamental de paradigma, primeiramente, aquando da aprovação da LO n.º 3/1989 e, posteriormente, com a adoção de um novo Código Penal, em 1995.²

No âmbito da lei de 1989, transitou-se da proteção do bem jurídico “honestidade”³ para a tutela da liberdade sexual.⁴ As agressões sexuais e a violação – as primeiras respeitando a “quaisquer outras agressões sexuais” que não as que envolvessem penetração, estas punidas em sede de violação – eram cometidas, necessariamente, através de violência ou intimidação ou dirigiam-se contra pessoa inconsciente, pessoa de cujo distúrbio mental (à época designado de “alienação”) se abusasse ou contra menor de doze anos.

Em 1995⁵, procedeu-se à divisão entre agressões sexuais e abusos sexuais.

² Todas as traduções, quer da língua inglesa, quer espanhola, a que se procede no presente trabalho, são da nossa responsabilidade.

³ Este era também o bem jurídico que se entendia ser tutelado pelo crime de violação em Portugal, até 1982. Em causa estava, então, a proteção da “honra” da mulher – ou melhor, da honra do homem que controlava “(...) as «suas» vaginas (da mulher, irmã, filha) (...)” – vide Meliá, M. C. (2023). Sexual Assaults under Spanish Law. In T. Hörnle (Ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective* (pp. 215-234). Oxford University Press. P. 215. A exclusão da violação entre pessoas casadas do tipo de crime gozava de consagração legal em Portugal, resultando, em Espanha, da aplicação da lei pelos tribunais e de conjeturas doutrinárias - vide Sánchez, M. A. (2019). *Violencia Sexual de Género contra las Mujeres Adultas: Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*. REUS Editorial. Pp. 141 e ss. Esta exceção foi eliminada da lei portuguesa em 1982. No então novo Código Penal português (CPP) de 1982, o crime de violação passou a constar dos crimes contra a família, sendo que só em 1995, se passou a prever a proteção da liberdade sexual na lei penal, passados seis anos de tal avanço ter ocorrido no país vizinho. Para conhecimento da evolução do regime jurídico dos crimes sexuais em Portugal: Dias, J. F. (2012). Artigo 164º. In J. F. Dias (Ed.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, (pp. 743-755). Coimbra Editora. Pp. 743-748 e Ventura, I. (2018). *Medusa no Palácio da Justiça ou Uma História da Violação Sexual*. Tinta da China. Pp. 73-224.

⁴ Deixou de se fazer referência, no crime de violação, ao sexo do agente e da vítima que, até então, eram, respetiva e necessariamente, homem e mulher, abandonando-se, paralelamente, a punição exclusiva da penetração vaginal, aditando-se ao tipo de crime a penetração oral e a anal.

⁵ Para consulta do CPE e suas sucessivas alterações: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (BOE.es - Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado).

As agressões restringiram-se aos casos de uso de intimidação ou violência, tipificando-se no artigo (art.) 178.º quaisquer atentados à liberdade sexual⁶ e no art. 179.º a penetração vaginal, oral e anal e a introdução de objetos⁷, praticados por aqueles meios, empregando-se o termo “violação” no âmbito da segunda norma.⁸

Já o delito de abusos sexuais veio criminalizar os atos sexuais praticados sem consentimento ou com consentimento inválido. Atentando na sua versão de 2022 prévia à reforma, patente no art. 181.º do CPE, constata-se que o - particularmente inovador, em 1995 – crime fundamental, previsto no n.º 1 do preceito, é descrito simplesmente como ato sexual praticado sem consentimento e sem violência ou intimidação. Para o art. 181.º, n.º 2 foram transpostos os casos de falta de consentimento ou de incapacidade para consentir devido a estado de inconsciência ou a perturbação mental, já presentes na lei de 1989, aos quais se juntou a situação em que se contraria a vontade da vítima mediante o uso de drogas ou quaisquer substâncias idóneas para o efeito. O art. 181.º, n.º 3 previa a criminalização do ato sexual para o qual se obtivesse consentimento com prevalectimento⁹ de uma situação de superioridade manifesta que coartasse a liberdade da vítima. O n.º 4 desta norma impunha uma pena mais gravosa para os atos sexuais de penetração e introdução de partes do corpo ou objetos, praticados nos termos dos números anteriores.

Para esclarecermos o que conduziu às alterações legais de 2022, importa-nos expor algumas das dúvidas interpretativas existentes, especialmente quanto ao conceito de “intimidação” e ao meio “prevalectimento de posição de superioridade manifesta”, que desenvolveremos *infra*.

Diz-nos Acale Sánchez, sobre a intimidação: é “(...) uma forma de constranger a liberdade de outra pessoa que não requer o emprego de violência, mas que se limita a causar na vítima um sentimento de insegurança, de medo, em virtude do qual não pode tomar livremente uma decisão (...) Trata-se, então, da *vis* psíquica (...) sobre cuja definição não existem, *a priori*, dúvidas. Diferente é quando, no caso concreto, não existem elementos suficientes de prova para demonstrar a sua intensidade.” Nestes casos, defendia certa doutrina ser “(...) necessário distinguir entre a intimidação grave, equiparável à violência, característica dos crimes de

⁶ Ou “atos de relevância sexual”, interpretados como quaisquer comportamentos com “(...) significado (objetivo e social) sexual.” *Vide* Meliá, 2023, p. 219.

⁷ Pela LO n.º 15/2003, de 25 de novembro, aditou-se a este artigo e à norma relativa aos abusos sexuais a introdução de partes do corpo por via vaginal ou anal.

⁸ Doutrina e jurisprudência eram unânimes no afastamento da exigência de resistência ante o ato sexual enquanto elemento típico do crime de agressões sexuais.

⁹ Optámos pela tradução literal do termo “prevalimiento”, empregado pela doutrina e jurisprudência para aludir ao meio comissivo em causa, pela especificidade que o conceito aparenta poder ter, inclusivamente em face da expressão “aproveitamento”. *Vide* Sánchez, 2019, p. 224.

agressão sexual e a intimidação menos grave, inerente ao prevaletimento, que dá lugar à classificação do ataque à liberdade sexual como crime de abuso sexual, *não sendo a medida da gravidade da intimidação uma tarefa fácil*.¹⁰

Muñoz Conde representaria parte do setor doutrinal a que se refere Acale Sánchez: associa ao prevaletimento os casos de menor “nível intimidatório” em que o consentimento viciado é obtido através de chantagem emocional ou mediante promessa de um qualquer benefício¹¹ e à intimidação, as ameaças, que não apenas as que se inseriam numa interpretação restritiva do preceito –de morte ou de lesões graves–, mas também aquelas em que, considerando as condições pessoais da vítima e o contexto social e familiar em que ocorrem os crimes, se pode concluir pela sua “superior capacidade para forçar a vontade”.¹² Acrescenta que a ameaça intimidatória não carece de ser explícita: em relações familiares, académicas ou laborais, é possível que a vítima aceda aos intentos do agente como resultado da posição de superioridade psicológica, afetiva, económica ou outra que aquele possui. É nesta intimidação implícita que o autor (A.) engloba os casos de atuação simultânea de vários agressores.¹³

Cancio Meliá refere que bastava, para existir intimidação e agressão sexual, de acordo com jurisprudência consolidada do Tribunal Supremo (TS) espanhol, a prova de oposição à vontade da vítima.¹⁴ Porém, afirma também que o n.º 1 do art. 181.º respeitava a situações “(...) em que a sua [das vítimas] oposição verbal não é respeitada, não sendo empregada violência ou intimidação.”¹⁵

Em sentido próximo quanto à definição de intimidação, mas de modo que nos parece mais coerente e preciso, refira-se o posicionamento de Cuerda Arnau, que sublinha também a tendência maioritária do TS para definir como violência e intimidação típicas das agressões sexuais aquelas que são eficazes, nas concretas circunstâncias, para contrariar a vontade da vítima; assim, agressões e abusos sexuais distinguem-se-iam por, no âmbito das primeiras, se

¹⁰ Itálico nosso – *vide* Sánchez, 2019, pp. 216 e 217.

¹¹ Como uma melhor nota ou um aumento salarial – *Vide* Conde, F. M. (2019). La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso ‘La Manada’. *Revista Penal*, 43, 221-244. P. 227. Cancio Meliá refere-se ao âmbito de aplicação do n.º 3 do art. 181.º como “(...) casos que corresponderiam à descrição “*me too*” (...)” tais como o do treinador desportivo, padrasto, padre ou ginecologista que, aproveitando-se das suas posições de “manifesta superioridade”, privaram as vítimas de autonomia e delas obtiveram um consentimento inválido. *Vide* Meliá, 2023, p. 219.

¹² Destas dá os exemplos do polícia ou funcionário que ameaça denunciar uma emigrante ilegal para que esta tenha consigo relações sexuais ou do professor que se recusa a dar a nota necessária para que a estudante obtenha uma bolsa que lhe permita continuar a estudar, a não ser que aquela aceite os seus avanços, e refere que podem também ter esta gravidade casos como o do produtor de cinema que ameaça não atribuir à jovem atriz o papel de protagonista ou do médico que faz depender a atribuição de baixa médica da relação sexual pretendida, entre outros. *Vide* Conde, 2019, p. 227-230

¹³ Conde, 2019, pp. 227-230.

¹⁴ Meliá, 2023, p. 220.

¹⁵ Meliá, 2023, pp. 219 e 220.

atuar contra a vontade da vítima e dos segundos se agir sem dar oportunidade à vítima de manifestar a sua vontade, através de toques-surpresa ou aproveitamento de proximidade física (n.º 1), ante quem está incapaz de consentir (n.º 2) ou em face de quem dá um consentimento viciado (n.º 3). Concretamente sobre este n.º 3 e o prevalecimento, a A. afirma: “A superioridade a que se refere o artigo 181.º, n.º 3 não é a que intimida o sujeito passivo ao ponto de contrariar a sua vontade, mas sim a que conduz à sua formação conforme aos desejos do agressor.”¹⁶

1. O caso “La Manada”

Em vários países europeus, as últimas reformas ao regime dos crimes sexuais foram motivadas por casos que geraram indignação pública.¹⁷ Espanha representa um exemplo paradigmático disso mesmo. A decisão judicial n.º 38/2018, de 20 de março¹⁸, a que chegou a Audiência Provincial (AP) de Navarra, relativa ao caso “La Manada”, espoletou um debate político, criminal e social sem precedentes, com grande repercussão no mundo inteiro.

A 7 de julho de 2016, durante as festas de San Fermín em Pamplona, Navarra, uma jovem de 18 anos foi acompanhada ao carro, para onde se dirigia, por cinco homens. Chegados a um prédio, onde entraram, numa zona do imóvel sem saída, despiram a vítima e constrangeram-na a atos de cópula, coito oral e anal, por vezes simultâneos. Dois dos agentes filmaram o ocorrido e tiraram fotografias. Quando terminaram, deixaram a vítima no local onde ocorreram os crimes e um deles apropriou-se do seu telemóvel.

Em face da lei então vigente, a AP, entendendo que não existiu violência ou intimidação, enquadrou estas condutas no crime de abusos sexuais, mais concretamente pugnando pela existência de um consentimento (depreendido da sujeição e obediência da vítima) coagido, imposto pelo aproveitamento da situação de superioridade manifesta. Integrou, então, os atos no artigo 181.º, n.º 3 e n.º 4, visto que houve penetração, delito punido com pena de prisão de 4 a 10 anos e fixou a pena em 9 anos de prisão. A agravação por atuação conjunta não se aplicava aos abusos sexuais, pelo que não teve lugar.¹⁹

¹⁶ Vide Arnau, M. L. C. (2018). Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado. In P. F. Cabana e M. A. Sánchez (Dir.) e S. R. López e M. A. F. Loureiro (Coord.), *La Manada: Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España* (pp. 103-132). Tirant lo Blanch. Pp. 111 e ss., p. 131.

¹⁷ Vide Hörnle, T. (2023). The New German Law on Sexual Assault. In T. Hörnle (Ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective* (pp. 141-162). Oxford University Press. P. 144.

¹⁸ Ver VLex (SAP Navarra 38/2018, 20 de Marzo de 2018 - Jurisprudencia - VLEX 715397489).

¹⁹ Do art. 180.º do CPE, ao tempo da decisão, constavam as agravações que se aplicavam, na totalidade, ao crime de agressões sexuais. O crime de abusos sexuais, previsto no art. 181.º, podia ver-se agravado, por força do seu n.º 5, apenas nos termos das circunstâncias 3.ª e 4.ª do n.º 1 do art. 180.º

A decisão do tribunal de primeira instância, assim como a sentença n.º 8/2018, de 30 de novembro do Tribunal Superior de Justiça (TSJ) de Navarra, que a veio corroborar, parecem ter sido tomadas ao arripio do que a jurisprudência espanhola consolidada vinha defendendo, ante a lei prévia à reforma de 2022²⁰: o art. 181.º, n.º 3 dizia respeito a situações em que o agente abusa da sua superioridade social e não física, circunstancial ou numérica, como os cinco agentes do caso em apreço fizeram; mais: considerando as circunstâncias do ataque perpetrado pelos cinco agentes, na senda de prévias decisões judiciais que tratam da “intimidação ambiental” enquanto situação em que a presença de vários agentes cria um estado de intimidação mesmo não sendo verbalizada nenhuma ameaça específica, a conduta deveria ter sido classificada como intimidatória. Teria, então, de se concluir pela existência de intimidação e como tal pela qualificação dos factos como agressão sexual, especificamente de violação, nos termos do artigo 179.º da lei de então, que cominava a pena de 6 a 12 anos de prisão. A final, pela decisão do TS n.º 344/2019, de 4 de julho²¹, os arguidos foram condenados nestes termos, na pena de 15 anos de prisão, fruto da verificação de várias circunstâncias agravantes previstas no art. 180.º. O TS decidiu, então, no mesmo sentido em que se vinha pronunciado até então.

A revolta com a primeira decisão judicial, manifestada amplamente através de protestos por toda a Espanha, centrava-se essencialmente no uso da expressão “abuso”, em vez de “violação” e na integração dos factos num delito sexual menos grave. Neste contexto, surgiram críticas à lei então vigente e propostas de reforma.

Acale Sánchez assinala que a necessidade de provar os meios coativos “(...) faz com que os nossos tribunais invertam em muitos casos o raciocínio judicial em virtude do qual dão como provados –ou não– os factos, na medida em que investigam o comportamento da vítima, mais fácil de controlar processualmente do que o comportamento do autor, ou a objetividade dos factos, de forma a que se não se dão por provados esses meios comissivos [a violência ou intimidação], aplica-se o crime de abuso sexual, para o qual está prevista pena inferior, nos termos do art. 181.º.” Paralelamente, assinala a problemática diferenciação prática entre os meios violentos e intimidatórios e o prevalecimento, visto serem aqueles também formas –ainda que específicas– de prevalecimento. Assim, “Não se trata simplesmente, então, de existirem problemas de prova, mas sim de existirem problemas para

²⁰ Discordando da forma como decidiu a AP de Navarra e, em recurso de apelação, o TSJ de Navarra, *vide* a generalidade da doutrina: Meliá, 2023, p. 224, Conde, 2019, pp. 231 e 232, Díez-Ripollés, J. L. (2019). Alegato contra un derecho penal sexual identitario. Revista Electrónica de Ciencia Penal e Criminología, 21, p. 29, entre outros.

²¹ Passível de consulta em ABC (Sentencia Sala Segunda caso La Manada.pdf (abc.es)).

provar elementos típicos que não estão suficientemente separados entre si.”²² A A. destaca, assim, a vitimação secundária a que conduz a aplicação confusa da lei e a centralização da investigação na conduta da vítima.²³ Como solução para os problemas probatórios e a revitimação, a A. apresenta, a título principal, a unificação dos crimes de agressões sexuais e abusos e a equiparação dos respetivos meios comissivos, eliminando-se o *nomen iuris* “abusos” e passando a ser agressão sexual todo o ato sexual realizado sem o consentimento da pessoa agredida, o que cumpriria ademais com o exigido pela Convenção de Istambul (CI).²⁴

Muñoz Conde posicionou-se no sentido da inutilidade de proceder a alterações legislativas, explanando que no caso “La Manada”, as más decisões a que chegaram a AP de Navarra e o TSJ foram fruto não de uma errónea interpretação da lei, mas da forma como foi aplicada aos factos provados. Ademais, critica especificamente a unificação dos delitos e a equiparação dos meios comissivos, recorrendo a uma comparação com o exemplo do roubo e do furto, quanto aos quais ninguém argumenta pela abolição da sua distinção, apontando o absurdo de se afirmar que uma situação de chantagem emocional se equipara a uma ameaça de morte.²⁵

Após a eleição de um novo governo, resultante da coligação entre o Partido Socialista Operário Espanhol e o partido Unidas Podemos, em 2019, o Ministério da Justiça produziu o “Projeto de Lei Orgânica de garantia integral da liberdade sexual”²⁶ (Projeto), que procedia à “fusão” dos delitos e fixava um modelo de consentimento afirmativo.²⁷

²² Sánchez, 2019, pp. 198 e 199.

²³ Sánchez, 2019, p. 232.

²⁴ Sánchez, 2019, pp. 410 e 411. Neste sentido, posicionou-se, igualmente, a “Proposta de Lei de Proteção Integral da liberdade sexual e para a erradicação das violências sexuais” (Proposta) – Congresso (122/000279 Proposición de Ley de Protección Integral de la Libertad Sexual y para la erradicación de las violencias sexuales (congreso.es)) – resultante da iniciativa do grupo parlamentar “Unidos Podemos-En Marea-En Común Podem”. Já o “Anteprojeto de Lei Orgânica de modificação do Código penal para a proteção da liberdade sexual das cidadãs e dos cidadãos” (Anteprojeto), fruto do trabalho da Comissão Geral de Codificação, também eliminou os abusos e englobou nas agressões sexuais todos os atos sem consentimento – o que justificou com a necessidade de transmitir adequadamente à sociedade o carácter coativo e agressivo de todos os atos sexuais praticados sem o consentimento da pessoa agredida – mas estabeleceu penas distintas, mais graves, para os atos sexuais praticados mediante violência ou intimidação, o que, como veremos, se nos afigura acertado.

²⁵ Conde, 2019, pp. 239-242. Díez-Ripollés, em face da Proposta e Anteprojeto, afirma que o regime espanhol relativo aos crimes sexuais cumpre com a CI e que esta não impõe a indiferenciação entre aqueles. Discorda da componente “comunicacional e promocional” do Direito Penal, que o Anteprojeto lhe atribui, assim como do agravamento da resposta penal a que ambos os projetos de reforma procediam. *Vide* Díez-Ripollés, 2019, pp. 21 e ss. Criticando, igualmente, o carácter punitivista do Anteprojeto: Sánchez, 2019, p. 429. O A. entende que a distinção a que procedia a anterior lei era a mais respeitadora da segurança jurídica: Díez-Ripollés, 2019, pp. 12 e 27.

²⁶ Congresso (121/000062 Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. (congreso.es)).

²⁷ Abundaram as críticas ao Projeto, que provieram quer dos partidos de extrema-direita, que se aproveitaram politicamente da situação para criticar a “ditadura de género” – posicionamento que se alastrou à direita tradicional –, quer da esquerda política e académica; secções do movimento feminista apelidaram o Projeto de “punitivista” e acusaram-no de remeter as mulheres ao papel de vítimas. *Vide* Meliá, 2022, pp. 226 e 227.

2. A LO 10/2022, de 6 de setembro

Na sequência da aprovação do referido projeto de lei, entrou em vigor a 7 de outubro de 2022 a LO 10/2022, de 6 de setembro, de garantia integral da liberdade sexual.²⁸

Como já se podia antecipar, nomeadamente em face do Projeto, esta nova lei eliminou a distinção entre agressões e abusos sexuais: reduziu a uma designação – agressão sexual – os atos sexuais violentos ou intimidatórios e os não violentos ou intimidatórios e não consentidos, não associando necessariamente penas mais gravosas aos primeiros, em comparação com os segundos.²⁹

Justificando a forma como foi sendo apelidada - lei “*solo si es sí*” – a LO 10/2022, no âmbito do art. 178.º, n.º 1 do CPE, fazendo depender a existência de um crime de agressão sexual da prática de “qualquer ato que atente contra a liberdade sexual de outra pessoa sem o seu consentimento”, definiu que “Só se entenderá que existe consentimento quando este se tenha manifestado livremente mediante atos que, atentando às circunstâncias do caso, expressem de maneira clara a vontade da pessoa.”³⁰

Os limites das penas anteriormente previstas para atos praticados com violência ou intimidação foram atenuados³¹ para evitar um aumento das medidas das penas para os atos sexuais não consentidos (até então, abusos sexuais). Já as penas para as condutas que não implicam violência ou intimidação foram aumentadas³². Processos similares ocorreram no âmbito das agravações, não tendo o limite máximo das penas para estes crimes, fixado nos 15 anos de prisão, sido aumentado.

Focaremos a nossa atenção nestes aspetos da reforma, por nos parecerem aqueles que mais merecem debate, por um lado, quando ponderamos eventuais futuras alterações à lei portuguesa sobre os crimes sexuais para cumprimento do preceituado no art. 36.º da CI,

²⁸ Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (BOE-A-2022-14630 Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual). Este diploma não só veio modificar o regime dos crimes sexuais, como veio prever normas sobre prevenção, sensibilização, deteção e educação.

²⁹ Assim, no título VIII do CPE, relativo aos crimes contra a liberdade sexual, do capítulo I relativo às agressões sexuais, consta o novo crime fundamental do art. 178.º, tendo o antigo capítulo II relativo aos abusos sexuais, crime então tipificado no art. 181.º e agora eliminado, passado a respeitar às agressões sexuais a menores de 16 anos. Do art. 179.º consta o crime agravado, por os atos sexuais consistirem em penetração ou introdução de partes do corpo ou objetos, continuando a utilizar-se neste contexto o termo “violação”. As circunstâncias agravantes, previstas no art. 180.º passaram a respeitar igualmente a todas as condutas, quer impliquem coação ou não. Recordamos que nos termos da lei prévia, só as circunstâncias agravantes dos n.ºs 3 e 4 do art. 180.º é que se aplicavam ao crime de abusos.

³⁰ No art. 178.º, n.º 2 dão-se exemplos de condutas que cabem no tipo fundamental, nomeando-se o “abuso de situação de superioridade ou vulnerabilidade da vítima”, que parece ter vindo substituir o “prevalhecimento”.

³¹ O limite máximo foi reduzido de 5 para 4 anos quanto à generalidade das condutas sexuais e o limite mínimo foi reduzido de 6 para 4 anos quanto a atos de penetração.

³² Os genéricos atentados à liberdade sexual viram a sua pena passar de 1 a 3 anos de prisão ou multa de 18 a 24 meses para 1 a 4 anos de prisão e para os atos com penetração, o limite máximo da pena subiu dos 10 para os 12 anos.

e por outro, para que se compreenda as consequências práticas que a aplicação da lei teve em Espanha e que motivaram indignação e a promulgação da LO 4/2023, apelidada de “contrarreforma”.³³

3. A LO 4/2023

Nos termos do art. 2.º, n.º 2 do CPE, as leis penais que favoreçam o arguido têm efeito retroativo, ainda que a sentença aplicada tenha transitado em julgado e aquele se encontre a cumprir a pena a que foi condenado.

Perante a diminuição dos limites das penas fixados para atos sexuais praticados com violência ou intimidação, foram solicitadas, após a entrada em vigor da LO 10/2022, centenas de revisões de sentenças proferidas aquando da vigência da lei anterior, visando a redução das penas aplicadas. Nesta sequência, até março de 2023, de acordo com o Conselho Geral do Poder Judicial, pelo menos 721 penas foram reduzidas e destas reduções resultou a libertação antecipada de 74 pessoas.³⁴

Tendo em conta que o objetivo declarado da lei de 2022 era o reforço da proteção da liberdade sexual, foram muitas as vozes que se fizeram ouvir, quanto à aparente contraditoriedade de, no seu seguimento, se ter dado um tratamento menos severo a agressores sexuais.³⁵

Escusando-nos de tratar da questão de como deveria operar-se a eventual redução ou manutenção das penas, diremos somente que os efeitos da lei não terão sido devidamente ponderados pelo legislador previamente à sua entrada em vigor, sendo certo que preferiria ter evitado, pelo menos, a polémica que se gerou. Ainda que as penas fixadas para os crimes sexuais fossem elevadas em Espanha – algo que se manteve após a reforma, mesmo com as diminuições relativas aos atos sexuais coativos – e a necessidade de as atenuar já tivesse sido apontada, certamente, a forma como a LO 10/2022 operou neste sentido não foi (no mínimo, devidamente) planeada.

³³ Relativamente às penas, a abordagem feita neste estudo servirá apenas o propósito de explicar as razões que estiveram na origem da contrarreforma.

³⁴ El País (El Poder Judicial cifra en 721 las penas rebajadas hasta ahora a agresores sexuales por la ‘ley del solo sí es sí’ | España | EL PAÍS (elpais.com)).

³⁵ A quem aponta falta de cuidado do legislador, responde Cancio Meliá que a LO 10/2022 não procedeu simplesmente a uma redução da pena do crime de agressões sexuais, tendo sim unido dois crimes num só, pelo que a decisão sobre qual a lei mais favorável não poderia ser automática. Para formular tal juízo, dever-se-ia, de acordo com o A., procurar estabelecer qual a pena que teria cabido ao caso concreto em face da nova lei; se nos termos desta fosse possível manter a pena inicialmente aplicada, a revisão não deveria proceder. Refere ainda o A. “A pena mínima de um crime de violação com violência ou intimidação em conformidade com o antigo regime jurídico não pode ser a pena mínima de um novo delito que abarca modalidades menos graves: *vide* El País (Ley 'solo sí es sí': La revisión de condenas después de la reforma de los delitos sexuales | Opinión | EL PAÍS (elpais.com)).

A LO 4/2023, procurando obviar ao problema referido, criado pela sua antecessora, veio fixar para as condutas cometidas através de violência ou intimidação, ou contra vítima que tenha, por qualquer motivo, anulada a sua vontade, as mesmas molduras penais previstas na lei anterior à reforma para atos sexuais coativos.³⁶

4. Análise Crítica da Reforma Espanhola e reflexão sobre o regime Português dos Crimes Sexuais

O CPE prevê, na atualidade, após este “tornado” legislativo, no que diz respeito aos delitos sexuais “emblemáticos”³⁷ contra pessoas adultas, um crime de agressões sexuais fundamental (178.º), que engloba todos os atos praticados sem consentimento, e que estabelece para aqueles praticados com violência, intimidação ou contra pessoa que tenha a sua vontade anulada, uma pena superior; um crime de agressões sexuais agravado (179.º) em virtude de as condutas consistirem em penetração e introdução de partes do corpo ou objetos, também punido mais severamente quando praticado pelos ditos meios e uma previsão que abrange as anteriores, prevendo circunstâncias que, quando se verificarem, determinam a agravação da pena nos termos fixados (art. 180.º). O consentimento é expressamente definido, adotando-se um modelo performativo e afirmativo. Não nos parece, assim, que se possa afirmar “que ficou tudo na mesma” depois do “assentar da poeira”.³⁸

Cancio Meliá diz-nos que “Difícilmente se podia classificar a noção de consentimento da versão anterior do art. 181.º, n.º 1, de acordo com os conceitos de consentimento atitudinal ou performativo”³⁹. A aplicação prática da norma pelos tribunais não permitia fazer tal classificação. As orientações jurisprudenciais para avaliar a prova quanto a crimes dependentes de coação centravam-se na credibilidade do testemunho da vítima (...) A única área dúbia remanescente referia-se aos casos em que a vítima não se posicionou performativamente e não consentiu internamente, exceto quando envolviam intimidação implícita, (...), distúrbio mental ou intoxicação da vítima.”⁴⁰

³⁶ Ver art. 178.º, n.º 3 e art. 179.º, n.º 2. O art. 180.º, relativo às agravações foi, igualmente, alterado, no sentido de as circunstâncias agravantes determinarem, ante as condutas violentas, intimidatórias ou contra quem tenha a vontade anulada, a aplicação das molduras legais que, na lei anterior, correspondiam aos atos sexuais com coação praticados nos contextos agravadores.

³⁷ Usamos o termo *empregue*, referindo-se ao crime de violação, por Dias, 2012, 743.

³⁸ A introspeção que originou este artigo teve como mote a intervenção de Elena Ceballos na conferência “Crimes sexuais: diálogo entre reformas europeias”, promovida pelo Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais, que teve lugar na Faculdade de Direito de Lisboa, no dia 4 de maio de 2023. Ceballos iniciou um dos seus diapositivos com a frase “Nada mudou”, afirmando que após a contrarreforma se tinha reinstalado o regime do CP de 1995, o que nos suscitou dúvidas e agora, merece a nossa discordância.

³⁹ Ver definições em Bergelson, V. (2023). *Sex and Sensibility: The Meaning of Sexual Consent*. In T. Hörnle (Ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective* (pp. 33-52). Oxford University Press.

⁴⁰ Meliá, 2023, p. 227.

O caso “La Manada” sendo de clara intimidação ambiental, só após duas decisões em sentido contrário, foi como tal classificado, pelo que terá de se reconhecer que a “área dúbia” era mais vasta do que se poderia, em face da jurisprudência aparentemente consolidada, conjecturar.

No sentido de obviar aos obstáculos probatórios da violência e intimidação – esta última, por vezes, de tão intrincada distinção ante o prevalecimento – e à vitimação secundária que essa prova causava, procedeu-se à união dos delitos e equiparação dos meios comissivos. Diríamos que fixar um *nomen iuris* comum para todas as condutas praticadas, pelo menos, sem o consentimento da vítima, que traduza, de acordo com a consciência social⁴¹, a gravidade que estes crimes efetivamente têm, nos pareceu acertado. Assim, sempre que se pratique qualquer ato sexual sem o consentimento da vítima, estar-se-á a cometer um crime de agressão sexual, designado de violação, quando ocorra penetração ou introdução de partes do corpo ou objetos. Esta é uma opção que enfatiza o papel-chave do consentimento, cuja ausência passa a determinar a existência de agressão sexual. Já não se nos afigura certo fixar uma só moldura legal para os atos cometidos, por exemplo, com o consentimento viciado da vítima, ou sem consentimento, mediante uso de violência física. Há efetivamente condutas que acarretam uma maior ilicitude do que outras e que deverão ser punidas conformemente. Sendo certo que o julgador, dentro da moldura legal única, poderia fixar uma pena concreta apropriada à gravidade dos factos, também é, teoricamente, certo que poderia atribuir uma pena mais elevada a um crime cometido mediante aproveitamento da passividade do que àquele que tivesse implicado uso de força física e ameaças. Diríamos que a aplicação da lei será dotada de maior segurança se condutas que, à partida, serão objetivamente mais graves, tenham moldura legal distinta daquelas que serão um pouco menos gravosas. Isto sem que descuremos que, com frequência, ante a apatia da vítima que, por choque ou medo não reage, o agressor não “necessite” de usar violência ou intimidação para além daquela que é inerente à da situação *per se*⁴² e que, por isso, e pela similitude dos danos que causa à vítima, este caso terá gravidade idêntica à do crime cometido por quem, perante uma atitude mais combativa da vítima, tem de a segurar firmemente pelos braços,

⁴¹ “(...) o termo “abuso” que em 1995 se incluiu no CP hoje é fortemente criticado por um movimento feminista e uma sociedade que não entende que as condutas que hoje se têm como tal, sejam “simplesmente” abusos.” Sánchez, 2019, pp. 199 e 200.

⁴² Parece-nos que esta intimidação, inerente a todos os crimes sexuais, tornava a diferenciação entre agressões e abusos particularmente complexa. As circunstâncias de tempo e lugar, as características de autor e vítima, nomeadamente, poderão ser aptas a criar ambientes coativos. Quanto a isto, sublinhe-se que, sendo os crimes sexuais praticados maioritariamente por homens contra mulheres, constituindo uma paradigmática forma de violência de género, só a presença de um homem, atento o contexto, pode ser coativa. Diz-nos Sánchez (2019, pp. 218 e 219): “Esta necessária leitura de género pode vir a deixar claro que, de facto, existe uma intimidação patriarcal prévia ao âmbito penal que encoraja muitos homens e que também inibe, intimida, muitas mulheres.”

por exemplo. A estas duas situações podem, devidamente sopesados os contextos, ser aplicadas penas semelhantes, ainda que existam duas molduras diferentes –uma simples e uma agravada– que garantam uma orientação mais precisa ao julgador. Não nos parece que importe deixar de associar condutas objetivamente mais gravosas a uma moldura própria, mas sim valorar proporcionalmente a intimidação que será própria e inerente a quase todas elas. Posto isto, talvez fosse benéfico para a segurança jurídica, para a proteção da liberdade sexual e das vítimas em face da revitimação, diferenciar as situações objetivamente mais graves de modo claro, que não centrado na referência à intimidação, que parece ser inerente a tantas destas situações que caberiam no crime simples.⁴³

O argumento de que a equiparação em termos punitivos diminuiria a revitimação não nos parece proceder porque, para que se pudesse fixar uma medida concreta de pena, a investigação sempre teria de indagar do meio usado para cometer o crime e das suas circunstâncias concretas, memórias a que a vítima sempre teria de aceder e verbalizar, com o sofrimento a isso inerente. O que nos parece poder vir ter um impacto efetivamente louvável na proteção da vítima de vitimação secundária, a par da clarificação e diferenciação dos meios, será a centralidade atribuída ao consentimento e a sua definição, nos termos em que o fez a lei espanhola.

Arriscamos sugerir que, dizendo o consentimento respeito a um posicionamento adotado internamente (premissa de que parte o “*attitudinal consent*”), este manifesta-se exteriormente de alguma forma, através de comportamentos mais ou menos evidentes. Não parecendo suficiente para reger a interação entre sujeitos de Direito definir de forma simplesmente atitudinal o consentimento, sugerimos cruzar este modelo com o performativo, numa sua vertente não estrita – como refere Schulhofer, “(*...*) *consent must be understood as a matter of observable behaviour.*”⁴⁴

Buscando resposta para a pergunta “que comportamento observável deve corresponder ao consentimento: a manifestação de consentimento ou a ausência de recusa?”, dir-se-ia que ambas as situações são possíveis formas de veicular a predisposição para participar num ato sexual. Entendemos, porém, contrariamente, por exemplo, ao defendido por Hörnle e Caeiro⁴⁵, que a vítima não tem o dever de se opor ao ato sexual indesejado. Sabe-se já, com bastante certeza científica, que uma das reações comuns a agressões sexuais

⁴³ Pelo que, as críticas apontadas à contrarreforma no sentido de, por ter fixado diferentes penas, ter revertido todo o modelo, não nos convencem. Cf. Díez-Ripollés, 2018, p. 13 e Meliá, 2022, p. 225.

⁴⁴ Schulhofer, S. J. (2023). What Does ‘Consent’ Mean?. In T. Hörnle (Ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective* (pp. 53-71). Oxford University Press. P. 61.

⁴⁵ Hörnle (2023, p. 146) e Caeiro. P. (2019). Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. 631-679. p. 650.

é a imobilidade.⁴⁶ Parece-nos ser já tempo de desviar a investigação da atuação da vítima, diminuindo a vitimação secundária causada pela insistência para que demonstre que recusou os avanços ou pela culpabilização por não o ter feito, que impede tantas vítimas de crimes sexuais de denunciarem.⁴⁷ Fazer o consentimento significar, analisado o contexto⁴⁸, presença de manifestações de vontade claras e concluir pela inexistência daquele na ausência destas, existindo, então, violação – pugnar pelo “só o sim é sim”, mas sem que a palavra exata tenha de ser proferida, ou a reação tenha de ser entusiasta – protegerá melhor, nomeadamente, as vítimas que não se oponham à agressão e não consentam internamente e implicará que, na prática, perante a ausência de manifestações positivas ou negativas da pessoa com quem está, o agente deva tentar perceber se existe ou não consentimento e agir em conformidade, em vez de o presumir e atuar contra a vontade da vítima.⁴⁹ O modelo do consentimento, ainda que performativo, respeitará o estado interno da vítima, visto que o consentimento aparente só será válido se for prestado de modo livre e informado, por quem esteja capaz de o fazer. Será, então, esta conceção e não a assente no dissentimento, a que melhor garantirá a proteção da liberdade sexual em casos de consentimento viciado⁵⁰.

No que ao regime dos crimes sexuais português respeita, tendo este adotado um modelo similar ao alemão⁵¹, definindo as condutas típicas dos crimes de coação sexual (art. 163.º) e de violação (art. 164.º)⁵², através do verbo “constranger” como significando oposição

⁴⁶ Schiewe, M. (2019). Tonic Immobility: The Fear-Freeze Response as a Forgotten Factor in Sexual Assault Laws. *DePaul Journal of Women, Gender & the Law*, (8). "Tonic Immobility: The Fear-Freeze Response as a Forgotten Factor in Se" by Moriah Schiewe (depaul.edu)

⁴⁷ Este modelo “(...) implicará uma demonstração pelo arguido de que houve, no mínimo, na falta de consentimento explícito, inequívoco consentimento tácito. A distribuição do ónus da prova é mais exigente neste último modelo para a defesa, mas impede que os estereótipos sobre a performance na relação sexual da mulher ou de um qualquer parceiro numa posição de subordinação venham à tona, vitimizando no processo penal as vítimas. É seguramente uma solução que se orienta pelo problema político criminal da violação, afrontando a vitimização pela lei e pelo processo das próprias vítimas.” Palma, F. (2019). Os temas e os problemas das propostas legislativas de 2019 sobre violência doméstica e crimes sexuais – o Direito Penal da intimidade sexual e familiar. *Anatomia do Crime*, (9). 13-22. P. 16

⁴⁸ “(...) serão de valorar todas as circunstâncias em que o comportamento se desenrola, tendo em conta, evidentemente, as regras da experiência relativas a relacionamentos interpessoais íntimos; sem preconceitos infundados, sem estigmas ou mitos do passado, mas atendendo às características dos intervenientes e a todo o contexto envolvente.” Cunha, C. (2021). A tutela da liberdade sexual e o problema da configuração dos crimes de coação sexual e de violação – reflexão à luz da convenção de Istambul. In Centro de Estudos Judiciários (Eds.), *Crimes Sexuais: Jurisdição Penal e Processual Penal*. (2.ª ed., pp. 15-37). P. 34. Crimes sexuais - 2.ª edição (justica.gov.pt)

⁴⁹ Leia-se Palma (2019, p. 15): “(...) no condicionalismo incriminador do parceiro agressor se vislumbra, sobretudo, uma proteção acrescida da liberdade sexual da vítima, subtraindo-a a ónus diversos de demonstração da ausência da sua vontade. E nesse ponto é difícil que a Democracia não imponha uma orientação.”

⁵⁰ Conseguido mediante pressão, engano ou aproveitamento do erro. Neste sentido, Cunha (2021, pp. 29 e 31).

⁵¹ Ver Hörnle (2023, pp. 145 e ss.) e Caeiro (2019, pp. 649-653). De notar que a lei alemã não exige a manifestação de vontade contrária da vítima num conjunto de casos específicos, em que a vítima não o consegue fazer ou em que é pressionada a não o fazer, ressalva que a lei portuguesa não consagrou.

⁵² Este crime, previsto no art. 164.º do CPP, prevê no seu n.º 1 as ofensas à liberdade sexual “simples”, contra a vontade “cognoscível” da vítima, e no seu n.º 2, os atos “agravados” que envolvam violência, ameaça grave, colocação em estado de inconsciência ou de impossibilidade de resistir. O *nomem iuris* “violação” abrange, então,

à vontade “cognoscível” da vítima, pensamos, na senda do que vimos de expor, importar ponderar e proceder a alterações legislativas. É verdade que uma interpretação atenta à proteção do bem jurídico retira desta formulação que quem tenha relações sexuais com uma pessoa imóvel, ostensivamente assustada ou em choque, sempre atuará contra a sua vontade cognoscível⁵³; porém, por regra, da aplicação destes preceitos resultará uma exigência acrescida para a vítima quanto à manifestação do dissentimento.⁵⁴

Considerações Finais

Fixando o art. 36.º da CI que deverão ser criminalizados todos os atos sexuais não consentidos (voluntária e livremente, considerando as circunstâncias em que ocorrem), a lei espanhola que “(...) no art. 181.º, n.º 1 continha um crime centrado no consentimento desde 1995, o que assegurava que qualquer ato sexual praticado sem o consentimento da vítima se encontrava criminalizado.”⁵⁵, parece ser, desde então, mais consentânea com o normativo internacional do que a atual lei penal portuguesa. As reformas que têm tido lugar ou estão em curso pretendem ultrapassar a noção de crimes sexuais baseados no uso de força ou coação e fazer depender a sua verificação da falta de consentimento válido. É nesta falta de consentimento⁵⁶ que reside a ilicitude do ato sexual que se quer tipificado penalmente. Parece-nos evidente que uma lei penal como a portuguesa, que mantém como ato típico da coação sexual e da violação “simples” o constrangimento e que não se refere, pura e simplesmente, e menos ainda define, o consentimento, não é, pelo menos, suficientemente clara quanto à necessária alteração do fundamento criminalizador, imposta pela CI.

Referências Bibliográficas

ARNAU, M. L. C. (2018). Agresión y abuso sexual: violència o intimidación vs. consentimiento viciado. In P. F. Cabana e M. A. Sánchez (Dir.) e S. R. López e M. A. F.

também, atos de penetração ou introdução de partes do corpo ou objetos sem violência ou intimidação, tal como o atual regime espanhol. Já o art. 163.º, relativo ao crime de “coação sexual”, dividido nos mesmos termos, respeita aos dúbios “atos sexuais de relevo”.

⁵³ Assim, Cunha (2021, p. 34). Contudo, da letra da lei já não parece ser possível retirar, sem arriscar atropelar o princípio da tipicidade, a proteção da liberdade sexual em casos em que o consentimento se encontra viciado por erro, engano ou certos tipos de pressão. Casos como o do “stealthing” não têm, então, previsão no regime português dos crimes sexuais.

⁵⁴ Ver Hörnle (2023, p. 148) e Caeiro (2019, pp. 650-653). O ónus de a vítima atuar “cognoscivelmente” parece-nos desadequado, considerando, ademais, o peso que para o preenchimento desse conceito acarreta uma tradição jurisprudencial exigente quanto à oposição da vítima. Daí resultará, igualmente, que continue a promover-se uma investigação especialmente revitimizadora. Relativamente à manutenção do verbo “constranger” no tipo de crime, veja-se que, mesmo Hörnle (2023, p.142), advogando pelo modelo no qual a nossa lei se baseia, afirma, relativamente à reforma do Código Penal alemão de 1997 “(...) *the reform was insufficient. The central verb in the offense description remained ‘to coerce’*”.

⁵⁵ Meliá, 2023, pp. 217 e 227.

⁵⁶ Livre, informado e dado por quem tenha capacidade para o fazer.

- Loureiro (Coord.), *La Manada: Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España* (pp. 103-132). Tirant lo Blanch.
- BERGELSON, V. (2023). Sex and Sensibility: The Meaning of Sexual Consent. In T. Hörnle (Ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective* (pp. 33-52). Oxford University Press.
- CAEIRO, P. (2019). Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais e do Crime de violência doméstica. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 631-679.
- CONDE, F. M. (2019). La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso 'La Manada'. *Revista Penal*, 43, 221-244.
- CUNHA, C. (2021). A tutela da liberdade sexual e o problema da configuração dos crimes de coação sexual e de violação – reflexão à luz da convenção de Istambul. In Centro de Estudos Judiciários (Eds.), *Crimes Sexuais: Jurisdição Penal e Processual Penal*. (2.ª ed., pp. 15-37). P. 34. Crimes sexuais - 2.ª edição (justica.gov.pt)
- DÍAS, J. F. (2012). Artigo 164º. In J. F. Dias (Ed.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, (pp. 743-755). Coimbra Editora.
- DÍEZ-RIPOLLÉS, J. L. (2019). Alegato contra un derecho penal sexual identitario. *Revista Electrónica de Ciencia Penal e Criminología*, 21.
- HÖRNLE, T. (2023). The New German Law on Sexual Assault. In T. Hörnle (Ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective* (pp. 141-162). Oxford University Press.
- MELIÁ, M. C. (2023). Sexual Assaults under Spanish Law. In T. Hörnle (Ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective* (pp. 215-234). Oxford University Press.
- PALMA, F. (2019). Os temas e os problemas das propostas legislativas de 2019 sobre violência doméstica e crimes sexuais – o Direito Penal da intimidade sexual e familiar. *Anatomia do Crime*, (9). 13-22.
- Sánchez, M. A. (2019). *Violencia Sexual de Género contra las Mujeres Adultas: Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*. REUS Editorial.
- SCHIEWE, M. (2019). Tonic Immobility: The Fear-Freeze Response as a Forgotten Factor in Sexual Assault Laws. *DePaul Journal of Women, Gender & the Law*, (8). "Tonic Immobility: The Fear-Freeze Response as a Forgotten Factor in Se" by Moriah Schiewe (depaul.edu)
- SCHULHOFER, S. J. (2023). What Does 'Consent' Mean?. In T. Hörnle (Ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective* (pp. 53-71). Oxford University Press.
- VENTURA, I. (2018). *Medusa no Palácio da Justiça ou Uma História da Violação Sexual. Tinta da China*. Pp. 73-224.
- El Poder Judicial cifra en 721 las penas rebajadas hasta ahora a agresores sexuales por la 'ley del solo sí es sí' | España | EL PAÍS (elpais.com)*
- Ley 'solo sí es sí': La revisión de condenas después de la reforma de los delitos sexuales | Opinión | EL PAÍS (elpais.com)*

O Trabalho Decente no Mundo Globalizado: Dumping Social e Preocupação Internacional

Decent work in the globalized world: social dumping and international concern

Marlus Eduardo Losso¹

Sumário: 1. O fenômeno da globalização e o dumping social; 2. Casos de violação dos direitos humanos; 3. Condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos; 4. A preocupação internacional e a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas; 5. Conclusões

Resumo: A globalização é campo fértil para o crescimento de grandes empresas, que passaram a cruzar as fronteiras de seus países originários objetivando acessar novos mercados de consumo. Essas empresas, conhecidas por multinacionais, hoje estão estabelecidas contemporaneamente em diversas sociedades. Muitas dessas empresas dissociaram a sua sede comercial da produtiva. Comumente essas empresas escolhem, para instalação de suas indústrias, países cuja proteção trabalhista e custos fiscais e de mão-de-obra sejam menores, acarretando no maléfico efeito conhecido por dumping social. Todavia, com o incremento dos meios telemáticos, especialmente redes sociais, o consumidor volta sua preocupação não apenas com o preço do produto, mas também pela sustentabilidade da cadeia de produção, inclusive no aspecto trabalhista. Na Europa foram divulgadas nos últimos anos diversas notícias apontando que empresas, especialmente da área têxtil, estavam explorando mão-de-obra em países subdesenvolvidos, pagando baixos salários e não observando as mínimas condições de saúde e segurança no labor desses trabalhadores. O dumping social é um dos principais problemas, mas não é o único efeito negativo da globalização na área trabalhista. Pode-se destacar a exploração de estrangeiros e de migrantes no Brasil, amealhados pela sedução de melhoria da condição de vida do trabalhador, que muitas vezes se revelam verdadeiras armadilhas e que muito se aproximam à uma escravidão moderna. O desrespeito à dignidade do trabalhador já implicou na condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pautado pela sua omissão na fiscalização. Um interessante esforço é a edição, pela Organização das Nações Unidas, da Agenda 2030, com a indicação de 17 objetivos para o desenvolvimento sustentável. Todavia, essa iniciativa está muito próxima de seu prazo final, sem ter atingido, com efetividade, seus ideais.

Palavras-chave: Globalização; Trabalho Decente; Dumping Social; Direitos Humanos; Agenda 2030 da ONU.

Abstract: Globalization is fertile ground for the growth of large companies, which began to cross the borders of their original countries in order to access new consumer markets. These companies, known as multinationals, are now established in different societies at the same time. Many of these companies dissociated their commercial and productive headquarters. Usually these companies choose, for the installation of their industries, countries whose labor protection and tax and labor costs are lower, resulting in the harmful effect known as social dumping. However, with the increase in telematic means, especially social networks, the consumer is concerned not only with the price of the product, but also with the sustainability

¹ Advogado, Pós-Graduado *Lato Sensu* em Direito do Trabalho e Mestre em Direito Econômico e Social, ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil. Doutorando em “*Autonomia privata, impresa, lavoro e tutela dei diritti nella prospettiva europea ed internazionale*” pela Sapienza Università di Roma, Itália. E-mail: marluseduardo.losso@uniroma1.it/marlus@losso.adv.br.

of the production chain, including the labor aspect. In Europe, several news items have been released in recent years pointing out that companies, especially in the textile area, were exploiting labor in underdeveloped countries, paying low wages and not observing the minimum health and safety conditions in the work of these workers. Social dumping is one of the main problems, but it is not the only negative effect of globalization in the labor area. One can highlight the exploitation of foreigners and migrants in Brazil, amassed by the seduction of improving the worker's living conditions, which often prove to be true traps and therefore, close to modern slavery. The disrespect for the dignity of the worker has already resulted in the condemnation of Brazil before the Inter-American Court of Human Rights, based on its omission in inspection. An interesting effort is the edition, by the United Nations, of the 2030 Agenda, with the indication of 17 goals for sustainable development. However, this initiative is very close to its deadline, without having effectively achieved its ideals.

Keywords: Globalization; Decent Work; Social Dumping; Human rights; UN Agenda 2030.

1. O Fenômeno da Globalização e o Dumping Social

O presente trabalho foi idealizado a partir do dumping social, que não é um tema inédito, mas cuja ocorrência continua a ocorrer em diversas sociedades.

Todavia, antes de estudar esse fenômeno, importante compreender que sua origem está diretamente correlacionada com a globalização.

De forma bastante sucinta, podemos descrever a globalização como um processo de incremento do desenvolvimento comercial internacional de produtos manufaturados iniciado notadamente nos anos de 1980.

Sua ocorrência teve como premissa a abertura das economias, permitindo que grandes empresas, notadamente sediadas em países desenvolvidos, pudessem expandir seus negócios e instalar suas unidades além de suas fronteiras nacionais, em especial em países em desenvolvimento. Esse processo se pauta, também, pelo desenvolvimento dos meios de transporte e de comunicação, permitindo uma maior conexão entre sociedades.

Em decorrência desse cenário, foi possível que tais empresas multinacionais dissociassem a sua sede comercial ou institucional da produtiva, ou seja, a fabricação de produtos passou a ser realizada em nações diferentes e muitas vezes distantes de sua própria sede.

Esse processo é descrito por MENDONÇA; ABRÃO² da seguinte forma:

(...) os Estados Unidos adotaram um discurso que soava como “um canto de sereia”, pautado em ideias que favoreciam a globalização e propondo, a este pretexto, a prática de políticas neoliberais, ou seja, de desregulamentação econômica em diversos aspectos: comercial, financeiro, de leis trabalhistas, previdenciário e, como norte de todas as medidas, sempre a diminuição do papel do Estado na economia. Ocorreria, a partir de então, uma profunda reestruturação da economia mundial, com o surgimento de blocos

² MENDONÇA, Marina Gusmão de; ABRÃO, Rafael Almeida Ferreira. Subdesenvolvimento, desindustrialização e exploração de recursos naturais: o petróleo da camada de pré-sal como chave ou entrave para o desenvolvimento nacional. Disponível em <<https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/aurora/article/view/4849/3661>>. Acessado em 15/08/2023.

econômicos como o Tratado de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA), a União Europeia (UE) e o Mercado Comum do Sul (Mercosul). Além da formação de superconglomerados empresariais formados a partir de grandes aquisições e fusões de empresas. Com a economia internacional monopolizada por grandes empresas, a produção não necessariamente está localizada próxima à sede empresarial, pois a busca pela redução de custos fez que a cadeia produtiva se descentralizasse em diversas regiões do globo. Assim sendo, os tradicionais centros industriais foram abandonados. Esse efeito é chamado de desindustrialização espacial (...).

Outra abordagem dessa temática é apresentada por DIAS³:

Também se destacam nesse tipo de cadeia as empresas detentoras de marcas famosas, que, em muitos casos, subcontratam a fabricação do próprio produto e concentram-se nas etapas de concepção do produto (design) e estratégias de venda (marketing). Nesse caso, a fabricação do produto representa uma etapa em que se agrega pouco valor e existem poucas barreiras à entrada de novos concorrentes, o que resulta em uma intensa competição entre produtores (...). Tal cenário se caracterizava pela divisão da produção em âmbito global, em que as atividades produtivas consideradas “mais nobres” (intensivas em tecnologia e capital) na cadeia têxtil eram realizadas pelos países desenvolvidos, pelas empresas contratantes, enquanto as consideradas “menos nobres” (intensivas em trabalho) eram realizadas por países subdesenvolvidos, pelas empresas subcontratadas, às quais cabia a produção de produtos de consumo massificado e, portanto, menos valor agregado.

Naturalmente que isso se explica pela busca da maximização de lucros e diminuição dos custos, já que a globalização propiciou, além de acesso a novos mercados, o acesso à mão-de-obra mais barata, em países com baixa ou ineficiente proteção trabalhista.

Essa situação é comumente referida como dumping social, sendo que SANTOS⁴ esclarece que “(...) tendo em vista que se trata de uma questão recorrente em países periféricos ou emergentes, em que as empresas, especialmente voltadas ao mercado global, visam a reduzir os custos dos seus produtos utilizando-se da mão de obra mais barata, afrontando direitos trabalhistas e previdenciários básicos, e também praticando concorrência desleal, com a finalidade de conquistar novas fatias no mercado de bens e produtos”.

2. Casos de Violação dos Direitos Humanos

Não faltam exemplos para descrever casos de violação de direitos humanos decorrentes do dumping social em vários de seus aspectos e de outros efeitos perversos da globalização (inclusive o aliciamento de trabalhadores e tráfico de pessoas), tanto em âmbito internacional quanto nacional.

Para ilustrar fazemos referência a alguns casos.

³ DIAS, Marcos de Carvalho. A cadeia produtiva têxtil mundial: uma abordagem a partir do conceito de cadeiras produtivas globais. Disponível em: <<https://periodicos.ufes.br/ppgadm/article/view/8303/6120>>. Acessado em: 16/08/2023.

⁴ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dumping social nas relações de trabalho. Formas de combate. Disponível em: <<https://sistemas.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/27269/O%20dumping%20social%20noque.pdf>>. Acessado em 15/08/2023.

Um primeiro é o deslocamento da produção de grandes marcas de roupas norte-americanas e europeias para países em desenvolvimento, sempre em busca de menores custos, questão que invariavelmente passa pelo baixo custo de mão-de-obra.

Esse processo é narrado por COSTA; ROCHA⁵:

A aceleração da integração dos mercados mundiais e o aumento da concorrência internacional, com a progressiva redução das barreiras tarifárias e outras salvaguardas internacionais de comércio, acarretaram redução nos preços dos artigos TC, bem como mudanças na organização mundial da produção. Acentua-se a tendência de deslocamento de parcela significativa da produção de artigos da cadeia TC dos países desenvolvidos (Estados Unidos, União Europeia e Japão) para países emergentes da Ásia, Leste Europeu, Norte da África e Caribe. O incentivo fundamental para esse deslocamento é a busca por redução de custos de produção, principalmente relacionados à mão-de-obra.

Em uma sociedade mais conectada do que nunca, que se comunica por redes sociais em intensos compartilhamentos, emerge a preocupação de consumidores e de entidades de proteção de direitos trabalhistas e direitos humanos com a eventual irregularidade dos processos de produção da indústria têxtil efetuada em cadeias globais.

Um evento importante que pavimentou a estrada dessa bandeira foi o desmoronamento, em 2013, de um edifício em Bangladesh onde eram produzidas roupas para grandes e conhecidas marcas europeias, vitimando mais de 1.100 trabalhadores que realizam atividades em condições precárias.

A esse respeito, LEISTNER⁶ historiou que:

Quando o prédio comercial de oito andares Rana Plaza, no Bangladesh que abrigava várias fábricas de roupa, desabou a 24 de abril de 2013, matando mais de 1 100 pessoas e ferindo outras 2 500, uma onda de choque percorreu o mundo. Muitas marcas conhecidas na Europa e em todo o mundo produziam roupas neste prédio e (consciente ou inconscientemente) aceitaram que a segurança dos trabalhadores não era um problema, já para não mencionar outras condições de trabalho. Dez anos após um dos desastres industriais mais mortíferos da história do Bangladesh, fazemos a pergunta: como é que a indústria europeia de vestuário se adaptou e mudou? Os especialistas concordam que o desastre e o sofrimento humano que causou foram grandes demais para continuar a ignorar as condições em que as roupas são produzidas para o mercado global.

⁵ COSTA, Ana Cristina Rodrigues da; ROCHA, Enrico Rial Pinto da. Panorama da cadeia produtiva têxtil e de confecções e a questão da inovação. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/1964/2/BS%2029_Panorama%20da%20cadeia%20produtiva%20t%3%aaaxtil_P.pdf>. Acessado em 18/08/2023.

⁶ LEISTNER, Alexandra. Como é que a indústria da moda europeia mudou desde a tragédia do Rana Plaza em 2013? Disponível em: < <https://pt.euronews.com/2023/04/27/como-e-que-a-industria-da-moda-europeia-mudou-desde-a-tragedia-do-rana-plaza-em-2013>>. Acessado em 24/08/2023.

Um segundo exemplo remete à uma grande rede de alimentação rápida saudável na América do Norte, com cerca de 340 lojas, que recentemente adotou a figura do atendente virtual remoto⁷. Neste caso, o cliente interage com esse trabalhador por meio de uma tela e sistema de som, fazendo seu pedido e realizando o respectivo pagamento.

Na realidade se trata de trabalhadores recrutados em países da América Central e da América do Sul (incluindo Bolívia e Brasil) e que de lá trabalham, à distância, remunerados em moeda local e com base no salário de seus países. Ou seja, em outras palavras, a adoção desse mecanismo tem por objetivo diminuir os custos com mão-de-obra, em prejuízo dos próprios trabalhadores.

Para o terceiro exemplo remetemos à três situações constatadas no Brasil: A primeira é a utilização de mão-de-obra boliviana e venezuelana na indústria têxtil de pequenas fábricas na área central da cidade de São Paulo. A segunda é relacionada à utilização de trabalhadores chineses em pastelarias na cidade do Rio de Janeiro. Por sua vez, a terceira diz respeito a trabalhadores migrantes das vinícolas de Bento Gonçalves-RS.

Em relação à cidade de São Paulo, notícia veiculada no site da BBC⁸ relata o drama vivido por uma boliviana que, atraída por uma interessante promessa de trabalho e em busca de melhores condições de vida, viajou de sua cidade natal até o centro da capital paulista, percorrendo, de ônibus, mais de dois mil quilômetros.

Todavia, ao chegar em seu destino, a realidade foi outra, como vemos:

Em seu primeiro trabalho, numa oficina de costura em Tucuruvi (norte de São Paulo), sua jornada começava às 7h da manhã e terminava às 3h da madrugada, com apenas dois breves intervalos para refeições. Além de cuidar das crianças, ela cozinhava e arrumava a oficina. Depois que os costureiros terminavam seus trabalhos, à 1h, Malena organizava o local: varria o chão, dobrava os tecidos e separava as peças de roupa que eram levadas por coreanos, os intermediários entre a oficina e as empresas de varejo. Ao longo de seis meses nessa condição, tudo o que recebeu foram R\$ 50. Sua patroa ameaçava denunciá-la à imigração brasileira se ela abandonasse o trabalho. Certo dia, fugiu. "Uma noite, quando acabei de trabalhar, fui andando até Santana (também no norte de São Paulo)", lembra. Sem saber falar a língua, ficou perdida pelo bairro: "Eu chorava sem parar". De manhã, foi socorrida por algumas pessoas na rua que sugeriram que ela deveria voltar para casa, mas não quis retornar de mãos abanando. "Eu tinha ido para juntar dinheiro e ainda não tinha conseguido nada. Então fiquei mais", lembra. Malena havia conseguido o contato de outra oficina de bolivianos em Guarulhos. Lá, o trabalho era semelhante e ela recebia R\$ 130. "(A patroa) pagava certinho, mas muitas vezes não tinha comida e a gente passava fome. E não podia sair para procurar outro emprego".

⁷ GLOBALNEWS. Freshii introduces 'Percy' virtual cashier, outsourcing jobs to Central America. Disponível em: <<https://globalnews.ca/news/8791036/freshii-percy-virtual-cashier-job-outsourcing>>. Acessado em 19/08/2023.

⁸ BBC. A vida no Brasil não é normal, é só trabalho', conta boliviana que foi escravizada em SP. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150127_boliviana_escravizada_ms>. Acessado em 13/08/2023.

Como destaca COUTINHO⁹, esse não é um caso isolado nas oficinas de costura e pequenas confecções da zona central de São Paulo.

O crescimento da presença hispânica na cidade de São Paulo, principalmente nesta última década, é fenômeno cada vez mais recorrente nas discussões acadêmicas, institucionais e midiáticas. A imigração de trabalhadores sul-americanos para a capital paulista está comumente relacionada com a produção de artigos de vestuário em pequenas e médias confecções. Dentre as nacionalidades estrangeiras atualmente empregadas no setor, levantamentos diversos destacam quantitativamente os estrangeiros de origem boliviana. Falamos de trabalhadores que entram em nosso país buscando a tão sonhada mobilidade social ascendente e acabam por sujeitar-se a extrema exploração do trabalho e péssimas condições de vida (...). A degradação do trabalho e das condições de vida do trabalhador imigrante de língua espanhola nas confecções de vestuário é realidade pungente na capital paulista.

A AGÊNCIA BRASIL-EBC¹⁰ relatou o trabalho de fiscalização por parte do Ministério do Trabalho na região, reforçando a precária realidade desses obreiros:

Audidores da fiscalização do trabalho no Estado estimam que haja cerca de 10 mil oficinas de costura na Grande São Paulo. Segundo o Auditor Fiscal do Trabalho Magno Riga, do Grupo Móvel de Combate ao Trabalho Escravo, as fiscalizações nesses locais encontram, em geral, irregularidades como trabalho informal, alojamentos degradantes e jornadas exaustivas de trabalho. (...). Casos de tráfico de pessoas e trabalho análogo à escravidão também são realidade no setor têxtil. Em maio deste ano, Riga coordenou o resgate de duas trabalhadoras bolivianas, trazidas ao país por meio de tráfico e que eram mantidas em situação de jornada exaustiva e servidão por dívida. “Elas foram traficadas, o tráfico ficou bem configurado, inclusive houve a prisão em flagrante do traficante - o dono da casa onde elas estavam -, elas moravam no local de trabalho também” contou o auditor fiscal. Constatou-se, nesse episódio, a condição de trabalho análogo à escravidão. O dono da casa, um idoso boliviano, pegava encomenda de costura com uma loja do Brás e repassava para as duas jovens. “Elas permaneceram na casa por quase dois meses ganhando remuneração irrisória e com jornada integral - acordavam, trabalhavam até dormir, costurando peças dessa loja do Brás”. Além da prisão do traficante, que foi solto devido à idade e por não oferecer risco à investigação, mas está respondendo pelo crime, o dono da loja foi responsabilizado pelas questões trabalhistas, com pagamento de verbas rescisórias e custeio do retorno das trabalhadoras para a Bolívia.

Em relação à cidade do Rio de Janeiro, SOUZA¹¹ relata que investigações conduzidas pelo Ministério Público do Trabalho encontrou diversos trabalhadores chineses laborando

⁹ COUTINHO, Beatriz Isola. Imigração laboral e o setor têxtil-vestuário de São Paulo: Nota sobre a presença boliviana nas confecções de costura. Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/redd/article/download/5040/4178/0>>. Acessado em 13/08/2023.

¹⁰ AGÊNCIA BRASIL-EBC. Imigrantes em oficinas de costura de SP perderam renda com a pandemia. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-12/imigrantes-em-oficinas-de-costura-de-sp-perderam-renda-com-pandemia>>. Acessado em 14/08/2023.

¹¹ SOUZA, Edgar João Júnio de. O trabalhador imigrante na cidade do Rio de Janeiro e a execução do contrato de trabalho: condições análogas à de escravo. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/10517/1/EJJSousa.pdf>>. Acessado em 02/08/2023.

em pastelarias em condições análogas à escravidão, em violação a direitos trabalhistas (como é o caso de inexistência de registro, realização de jornadas exaustivas, falta de pagamento de horas extras, não concessão de intervalos para descanso, dentre outras), vivendo em condições degradantes (em alojamento anexo à pastelaria, sem janelas e com roupa de cama e banho fornecidas pelo empregador) e até mesmo com indício de tráfico de pessoa (já que em um dos casos apurados, o trabalhador veio ao Brasil com apenas 15 anos sem falar português, sendo que seu recrutamento não foi esclarecido pelo empregador).

Em relação à cidade de Bento Gonçalves, foram resgatados no início do ano de 2023 diversos trabalhadores em condições análogas à escravidão que, contratados por uma empresa terceirizada, prestavam serviços às vinícolas da região na colheita da uva¹².

Esses trabalhadores eram recrutados, em sua maioria, no Estado da Bahia, sob promessas de trabalho que, na prática, as condições de labor prometidas não se confirmavam. Pelo contrário, segundo foi apurado, ocorriam atrasos no pagamento de salários, exigidas longas jornadas de trabalho e oferecidos à consumo alimentos estragados.

Segundo apurado pela DW¹³, ao noticiar que o total de vítimas passava de duzentas, *“nos depoimentos, os trabalhadores relataram episódios de violência, tais como surras com cabo de vassoura, mordidas, choques elétricos e ataques com spray de pimenta, além de más condições de trabalho e de alojamento. Eles denunciaram ainda práticas como vales, multas e descontos nos salários, o que levou o MTE e o MPT a considerarem a situação como um regime de trabalho análogo à escravidão”*.

Por fim, diante de tantos casos de violações, cabe apontar uma curiosa e muito criticada iniciativa adotada por empresas chinesas, produtoras de roupas populares e de baixo custo, no intento de melhorar a imagem internacional relacionada a produção de seus bens.

A iniciativa diz respeito ao custeio de viagens de grandes influenciadores e produtores de conteúdos digitais para suas fábricas, de forma com que esses personagens chancelem aos seus respectivos públicos acerca da suposta regularidade de suas práticas, inclusive na seara trabalhista e ambiental^{14 15}.

¹² G1 RIO GRANDE DO SUL. Empresário é preso por manter 150 trabalhadores em condições análogas à escravidão em Bento Gonçalves, diz polícia. Disponível em: < <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2023/02/23/empresario-e-preso-por-manter-150-trabalhadores-em-condicoes-analogas-a-escravidao-em-bento-goncalves-diz-policia.ghtml>>. Acessado em: 21/08/2023.

¹³ DW. O caso de trabalho análogo à escravidão em vinícolas no RS. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/o-que-se-sabe-sobre-caso-de-trabalho-an%C3%A1logo-%C3%A0-escravid%C3%A3o-no-rs/a-64865707>>. Acessado em 21/08/2023.

¹⁴ CNN. Shein sent American influencers to China. Social media users are furious. Disponível em: <<https://edition.cnn.com/2023/06/28/business/shein-influencers-brand-trip-china-hnk-intl/index.html>>. Acessado em 16/08/2023.

¹⁵ THE WASHINGTON POST. Shein, the fast-fashion giant, hits roadblocks. Disponível em: <<https://www.washingtonpost.com/lifestyle/2023/06/28/shein-influencers-trip/>>. Acessado em 16/08/2023.

3. Condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos

O ano de 1998 marcou um trágico capítulo na história trabalhista brasileira, com a morte de sessenta trabalhadores, muitos dos quais mulheres e crianças, de uma fábrica de fogos de artifício na cidade de Santo Antônio de Jesus, decorrente de um acidente.

O fato decorreu do desrespeito à segurança nos processos produtivos e falta de condições dignas de trabalho, resultando na condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Tal condenação foi justificada sobretudo pela falta de fiscalização, fato que, infelizmente, muito se repete em território nacional, vez que não raros são os casos noticiados de resgate de trabalhadores reduzidos à condição análoga à escravidão, como foi apresentado anteriormente.

4. A Preocupação Internacional e a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas

A Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada em setembro de 2015 em Nova Iorque, Estados Unidos, por meio de seus 193 membros, aprovou 17 objetivos para o desenvolvimento sustentável que deveriam ser atingidos no prazo de 15 anos.

Esses objetivos se consolidaram como a Agenda 2030¹⁶, e incluem temas relacionados à erradicação da pobreza, saúde e bem-estar, trabalho decente e crescimento econômico, redução das desigualdades, cidades/comunidades sustentáveis, consumo e produção responsáveis, dentre outros.

Como se observa, o presente trabalho, ao abordar o dumping social na sociedade moderna, se correlaciona diretamente com tais temáticas.

No que diz respeito especificamente ao objetivo nº 08, cujo tema é ao trabalho decente, destacamos três metas bastante audaciosas: I) alcançar o emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas as mulheres e homens, inclusive para os jovens e as pessoas com deficiência, e remuneração igual para trabalho de igual valor (subitem 8.5); II) tomar medidas imediatas e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão moderna e o tráfico de pessoas, e assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, incluindo recrutamento e utilização de crianças-soldado, e até 2025 acabar com o trabalho infantil em todas as suas formas (subitem 8.7); III) proteger os direitos

¹⁶ NAÇÕES UNIDAS. Sobre o nosso trabalho para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil. Disponível em: < <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>>. Acessado em 26/08/2023.

trabalhistas e promover ambientes de trabalho seguros e protegidos para todos os trabalhadores, incluindo os trabalhadores migrantes, em particular as mulheres migrantes, e pessoas em empregos precários (subitem 8.8).

Não obstante o esforço global no sentido de discutir o tema e criar diretrizes a serem seguidas para alcançar tais ideais, a realidade está muito distante do que se pretendeu.

A Organização Internacional do Trabalho¹⁷ informa que “*em todo o mundo, cerca de 21 milhões de pessoas são vítimas do trabalho forçado, das quais mais de 11 milhões são mulheres e jovens do sexo feminino. A grande maioria das vítimas é explorada por indivíduos ou empresas, gerando mais de 150 mil milhões de USD em lucros ilícitos por ano*”.

O dumping social, ainda muito presente na atualidade sob diversas formas, como analisamos neste trabalho, deve ser enfrentado de forma mais incisiva, com mudanças estruturais na cadeia produtiva global e aumento da fiscalização pelas autoridades públicas para sua eliminação.

Ao revés, se isso não ocorrer, a Agenda 2030 da ONU para o desenvolvimento sustentável, cujo prazo final está rapidamente se aproximando, permanecerá apenas como uma utopia.

5. Conclusões

O dumping social e outros efeitos negativos da globalização são marcas que continuam muito presentes em nossos tempos.

Infelizmente o trabalhador, especialmente o migrante, o imigrante e o que vive em países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, continua sendo explorado e tratado como um mero objeto da cadeia produtiva, o que demonstra a distância que estamos de cumprir a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas e, especialmente, de propiciar respeito aos direitos humanos e trabalhistas.

Referências Bibliográficas

AGÊNCIA BRASIL-EBC. Imigrantes em oficinas de costura de SP perderam renda com a pandemia. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-12/imigrantes-em-oficinas-de-costura-de-sp-perderam-renda-com-pandemia>>. Acessado em 14/08/2023.

BBC. A vida no Brasil não é normal, é só trabalho!, conta boliviana que foi escravizada em SP. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150127_boliviana_escravizada_ms>. Acessado em 13/08/2023.

¹⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. O trabalho digno e a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Disponível em: <https://www.ilo.org/global/topics/sdg-2030/resources/WCMS_544325/lang-pt/index.htm>. Acessado em 25/08/2023.

CNN. Shein sent American influencers to China. Social media users are furious. Disponível em: <<https://edition.cnn.com/2023/06/28/business/shein-influencers-brand-trip-china-hnk-intl/index.html>>. Acessado em 16/08/2023.

COSTA, Ana Cristina Rodrigues da; ROCHA, Enrico Rial Pinto da. Panorama da cadeira produtiva têxtil e de confecções e a questão da inovação. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/1964/2/BS%2029_Panorama%20da%20cadeia%20produtiva%20t%0c3%aaaxtil_P.pdf>. Acessado em 18/08/2023.

COUTINHO, Beatriz Isola. Imigração laboral e o setor têxtil-vestuário de São Paulo: Nota sobre a presença boliviana nas confecções de costura. Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/redd/article/download/5040/4178/0>>. Acessado em 13/08/2023.

DIAS, Marcos de Carvalho. A cadeira produtiva têxtil mundial: uma abordagem a partir do conceito de cadeiras produtivas globais. Disponível em: <<https://periodicos.ufes.br/ppgadm/article/view/8303/6120>>. Acessado em: 16/08/2023.

DW. O caso de trabalho análogo à escravidão em vinícolas no RS. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/o-que-se-sabe-sobre-caso-de-trabalho-an%C3%A1logo-%C3%A0-escravid%C3%A3o-no-rs/a-64865707>>. Acessado em 21/08/2023.

G1 RIO GRANDE DO SUL. Empresário é preso por manter 150 trabalhadores em condições análogas à escravidão em Bento Gonçalves, diz polícia. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2023/02/23/empresario-e-preso-por-manter-150-trabalhadores-em-condicoes-analogas-a-escravidao-em-bento-goncalves-diz-policia.ghtml>>. Acessado em: 21/08/2023.

GLOBALNEWS. Freshii introduces ‘Percy’ virtual cashier, outsourcing jobs to Central America. Disponível em: <<https://globalnews.ca/news/8791036/freshii-percy-virtual-cashier-job-outsourcing>>. Acessado em 19/08/2023.

LEISTNER, Alexandra. Como é que a indústria da moda europeia mudou desde a tragédia do Rana Plaza em 2013? Disponível em: <<https://pt.euronews.com/2023/04/27/como-e-que-a-industria-da-moda-europeia-mudou-desde-a-tragedia-do-rana-plaza-em-2013>>. Acessado em 24/08/2023.

MENDONÇA, Marina Gusmão de; ABRÃO, Rafael Almeida Ferreira. Subdesenvolvimento, desindustrialização e exploração de recursos naturais: o petróleo da camada de pré-sal como chave ou entrave para o desenvolvimento nacional. Disponível em <<https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/aurora/article/view/4849/3661>>. Acessado em 15/08/2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Sobre o nosso trabalho para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>>. Acessado em 26/08/2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. O trabalho digno e a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Disponível em: <https://www.ilo.org/global/topics/sdg-2030/resources/WCMS_544325/lang--pt/index.htm>. Acessado em 25/08/2023.

THE WASHINGTON POST. Shein, the fast-fashion giant, hits roadblocks. Disponível em: <<https://www.washingtonpost.com/lifestyle/2023/06/28/shein-influencers-trip>>. Acessado em 16/08/2023.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dumping social nas relações de trabalho. Formas de combate. Disponível em: <<https://sistemas.trt3.jus.br/bd->

trt3/bitstream/handle/11103/27269/O%20dumping%20social%20enoque.pdf>. Acessado em 15/08/2023.

SOUZA, Edgar João Júnio de. O trabalhador imigrante na cidade do Rio de Janeiro e a execução do contrato de trabalho: condições análogas à de escravo. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/10517/1/EJJSousa.pdf>>. Acessado em 02/08/2023.

A Regulação do Teletrabalho Transnacional Sob a Perspectiva da Teoria dos Custos de Transação

The Regulation of Transnational Teleworking Under the Perspective of The Theory of Transaction Costs

Miriam Olivia Knopik Ferraz¹

Danna Catharina Mascarello Luciani²

Oksandro Osdival Gonçalves³

Sumário: Introdução. 1. O Teletrabalho transnacional: dinâmica e limites da regulação; 2. A regulação do teletrabalho transnacional sob a perspectiva da teoria dos custos de transação. Conclusão. Referências.

Resumo: O objetivo do presente trabalho é mapear os obstáculos existentes para a regulação do teletrabalho transnacional sob a perspectiva da teoria dos custos de transação. Para tanto, utiliza-se da metodologia lógico-dedutiva por meio do estudo dos paradigmas da análise em especial da legislação Brasileira e o mapeamento da legislação internacional sobre o tema, para posteriormente aprofundar sobre a metodologia da Análise Econômica do Direito. O problema proposto é: A regulação do teletrabalho transnacional representa um aumento dos custos de transação a ponto de inviabilizá-lo? Subdivide-se a presente pesquisa nos objetivos específicos: em um primeiro momento estuda-se a compreensão do gênero “teletrabalho” e suas variantes, compreendendo a sua dinâmica, regulação atual e seus limites. Para em um segundo momento, compreender o paradigma do teletrabalho sob à perspectiva da Análise Econômica do Direito, em especial a teoria dos custos de transação. Como resultados e conclusões verificou-se que as negociações *ex-ante* podem contribuir para a redução dos custos de transação em especial considerando um cenário de oportunismo e, assim, o estabelecimento de uma regulação internacional por meio do diálogo tripartite poderia alcançar esses resultados.

Palavras-chave: trabalho virtual; teletrabalho; custos de transação; análise econômica do direito.

Abstract: The objective of the present work is to map the existing obstacles to the regulation of transactional telework from the perspective of the theory of transaction costs. For that, it uses the logical-deductive methodology through the study of the analysis paradigms, in particular the Brazilian legislation and the mapping of the international legislation on the subject, to later deepen on the methodology of the Economic Analysis of Law. The proposed

¹ Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) com dupla titulação em Dottorato di Ricerca na Universidade de Roma Sapienza - La Sapienza. Membro da Delegação Brasileira da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e Seguridade Social. Membro do Grupo de Estudos de Análise Econômica do Direito da PUCPR. Professora da FAE Centro Universitário. Membro da Comissão de Direito do Trabalho, Direitos Culturais, e de Direito Empresarial da OABPR. Advogada e Sócia Fundadora do Knopik & Bertocini Sociedade de Advogados. E-mail: m.okf@hotmail.com

² Doutoranda e Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUCPR (Bolsa CAPES). Membro do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito (GRAED PUCPR) e Membro da Associação Paranaense de Direito e Economia (ADEPAR). Membro honorária da Asociación Mexicana de Derecho Administrativo e attendee of Maryland Carey Law Virtual Constitutional Law & Economics Workshop. Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: dannacml@hotmail.com

³ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Conselho Editorial da Editora Fórum. Coordenador da Revista de Direito Empresarial. Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. E-mail: oksandro@oksandro.adv.br

problem is: Does the regulation of transnational telework represent an increase in transaction costs to the point of making regulation unfeasible? The present research is subdivided into specific objectives: at first, the understanding of the genre “telecommuting” and its variants is studied, understanding its dynamics, current regulation and its limits. For a second moment, to understand the paradigm of telework from the perspective of the Economic Analysis of Law, in particular the theory of transaction costs. As results and conclusions, it was verified that ex-ante negotiations can contribute to the reduction of transaction costs, especially considering a scenario of opportunism and, thus, the establishment of international regulation through tripartite dialogue could achieve these results.

Keywords: virtual work; telework; transaction costs; economic analysis of law.

Introdução

O teletrabalho ou trabalho virtual é uma realidade do mercado atual decorrente da ampla virtualização das atividades cotidianas, que alcançou diversas áreas de interesse humano. Por meio da tecnologia, a partir de meios telemáticos, é possibilitado o exercício do trabalho em ambientes diversos, inclusive em países diferentes da sede da empresa a qual o funcionário está vinculado. Considerando esse cenário, o objetivo do presente trabalho é mapear os obstáculos existentes para a regulação do teletrabalho transnacional sob a perspectiva da teoria dos custos de transação. Como problema de pesquisa estabelece-se: A regulação do teletrabalho transnacional representa um aumento dos custos de transação a ponto de inviabilizar a prestação deste?

Considerando esse apontamento, utiliza-se a metodologia lógico-dedutiva para realizar o mapeamento iniciando da legislação brasileira, para posteriormente abranger a legislação internacional sobre o tema. Considerando esses paradigmas de análise realiza-se a comparação com a metodologia da Análise Econômica do Direito, em especial a Teoria dos Custos de Transação.

Sob o viés da Teoria dos Custos de Transação constrói-se este trabalho por meio da compreensão dos eixos: incentivos, racionalidade limitada, oportunismo e custos de transação, como elementos que estão presentes na relação do teletrabalho transnacional.

1. O Teletrabalho transnacional: dinâmica e limites da regulação

A virtualização das atividades cotidianas alcançou desde negócios jurídicos⁴ até atividades de lazer, permeando relações políticas⁵ e a realização de atividades profissionais.

⁴ RICHTER, Luiz Egon. PHILIPPI, Juliana Horn Machado. Inovação e Segurança Jurídica: A Necessidade de Regulação de Criptoativos Imobiliários e do Uso da Blockchain nas Transações Imobiliárias. **Revista de Direito Imobiliário**. 2022, n. 93. p. 191-228.

⁵ FRIEDRICH, Denise Bittencourt; PHILIPPI, Juliana Horn Machado. Inclusão digital e blockchain como instrumentos para o desenvolvimento econômico. **International Journal of Digital Law**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 97-115, jan./abr. 2020, DOI: <https://doi.org/10.47975/IJDL/1friedrich> Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/friedrichv1n1> Acesso em: 04 mar. 2023, p. 104.

O teletrabalho é o exercício de trabalho à distância com os resultados entregues por meios telemáticos.⁶ Nesse sentido, para este trabalho, utiliza-se o termo “trabalho virtual” como sinônimo de “teletrabalho”⁷. Paralelamente a Fundação Europeia para a Melhoria das Condições de Vida e de Trabalho (Eurofound) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT) trazem a definição do teletrabalho de forma aprofundada:

O teletrabalho é definido pelo uso de tecnologias de informação e comunicação (TIC), tais como smartphones, tablets, computadores portáteis e de secretária, no trabalho que é realizado fora das instalações da entidade empregadora. Por outras palavras, o teletrabalho implica o trabalho realizado com recurso às TIC exercido fora dos locais de trabalho da entidade empregadora. O teletrabalho deve decorrer de um acordo voluntário entre a entidade empregadora e o/a trabalhador/a. Para além de acordo no que diz respeito ao local (na casa do/a trabalhador/a ou noutros locais), outros aspetos deverão ser clarificados, nomeadamente o horário de trabalho ou horas trabalhadas, os instrumentos de comunicação a utilizar, as tarefas a serem cumpridas, os mecanismos de supervisão e modalidades de registo das tarefas realizadas.⁸

Um ponto de importante distinção é da terminologia “teletrabalho/trabalho virtual” de “trabalho remoto”. Este último está atrelado ao exercício do trabalho fora do local convencional, seja de forma total ou parcial, enquanto o teletrabalho envolve o uso de dispositivos telemáticos de uso pessoal e, com isso, a possibilidade do exercício laboral em local diverso. É a presença dos meios telemáticos que caracteriza o teletrabalho.

O teletrabalhador empregado é o que preenche na situação fática todos os requisitos da relação de emprego (subordinação, habitualidade, onerosidade, pessoalidade e pessoa física) sendo o único ponto diferenciador o trabalho de forma descentralizada e por meios telemáticos.⁹ Destaca-se que é possível inclusive o trabalho em *homeoffice* onde o exercício laboral se dá na residência do trabalhador.¹⁰

A concepção brasileira de “teletrabalho” está presente na Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452/193) com as alterações provenientes da Lei nº 13.357/2017¹¹ (Reforma Trabalhista) no art. 75-B:

⁶ OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação. (238 f.) Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 25.

⁷ Esta aproximação está presente na pesquisa: FANZERES, Naira; LIMA, Luciana Campos. Evidências da adaptação de profissionais de secretariado ao trabalho virtual. R. G. Secr., GESEC, v.9, n.1, 2018.

⁸ EUROFOUND AND ILO. 2017. Working Anytime, Anywhere: The Effects on the World of Work. Luxembourg and Geneva: Publications Office of the European Union and ILO.

⁹ OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação. (238 f.) Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017,

¹⁰ OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. Reflexões sobre o teletrabalho transnacional. Revista de Direito UNIFACS, n. 257, 2021. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/7508/4472#>. Acesso em 20/01/2021

¹¹ Anteriormente a referida reforma aplicava-se o art. 6º da CLT com a inclusão da Lei nº 12.551/2011: “Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio

a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Para que seja possível a aplicação das normativas existentes no sistema brasileiro os requisitos da relação de emprego acima mencionados, após isso, será aplicado ao trabalhador os art. 75-A a 75-E da CLT, em síntese: a definição do trabalho como a prestação fora das dependências do empregador, utilizando as tecnologias de informação e comunicação; há a possibilidade do comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas, se necessário; a forma de prestação como teletrabalho deverá constar em contrato individual de trabalho, contendo, também as atividades e responsabilidades pela aquisição, manutenção ou fornecimento de equipamentos; há obrigatoriedade do empregador em instruir o empregado sobre precauções para evitar doenças e acidentes do trabalho.

Dentre toda a sistemática criada para o tema do teletrabalho, incluem-se diversos debates acerca dos direitos dos trabalhadores, como a tutela do direito à desconexão¹² e da viabilidade de relacionamento interpessoal com outros funcionários (inclusive no que tange ao direito a sindicalizar-se). Além disso, discute-se a (im)possibilidade do controle de jornada de trabalho e, assim, a aplicação do art. 62, I, da CLT de afastamento do capítulo referente a jornada de trabalho, no caso de “os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados”. A doutrina discute sobre a possibilidade deste controle no âmbito do teletrabalho e como seria realizada a prova deste.¹³

Ocorre que, aquém da organização legislativa sobre o tema no Brasil, o teletrabalho pode se dar de forma transnacional e consolidar, inclusive, uma modalidade de carreira. A noção de “carreira sem fronteiras” está pautada nas reflexões sobre o trabalho pós-

do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 2011) Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (Incluído pela Lei nº 12.551, de 2011)”

¹² LUCIANI, Danna. CARVALHO, Maria Paula. O Direito à Desconexão nas Relações de Teletrabalho em Tempos de COVID-19. In: FARAH, Gustavo. FERNEDA, Ariê. FERRAZ, Miriam. Os impactos da COVID-19 nas relações de trabalho. Belo Horizonte: Senso, 2020, p. 100-114)

¹³ Em pesquisa realizada por Marília de Gonzaga Lima e Silva Tose constatou-se como característica inerente a esta modalidade de trabalho a inexistência de controle de jornada. SILVA TOSE, Marília de Gonzaga Lima e. Teletrabalho: a prática do trabalho e a organização subjetiva dos seus agentes. Tese de Doutorado em Ciências Sociais. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005, p. 54.

industrial¹⁴ e atualmente é discutida no âmbito da revolução 4.0.¹⁵ A ausência de fronteiras, neste trabalho, possui a centralidade da abordagem de Chris Herbert Berenguer Pereira, Paiva JR, Fernando Gomes de Paiva Jr., e Henrique Muzzio referente a carreiras e ascensão a partir de 1990: “atividades de trabalho independente, presentes em arenas nacionais e globais onde coexistem oportunidades, insegurança, flexibilidade e incerteza; e em que são integrados trabalhadores da atividade privada com agentes públicos”¹⁶

Para os referidos Autores, as principais características seriam a mobilidade de fronteiras em virtude de diferentes empregadores, vínculos temporários e fluídos, extinção de princípios hierárquicos, rejeição de carreiras ou locais tradicionais por motivos pessoais e/ou familiares.¹⁷ Paralelamente Hatala e Yamkovenko apresentam que a internalização da noção de “sem fronteiras” ao trabalho ensejaria um diferencial competitivo no mercado de trabalho.¹⁸

Compreender essa realidade permite que se avance para políticas globais de fomento ao trabalho exercido em ambiente virtual, estas que só poderão ser consolidadas quando considerados os fatores de fluidez mencionados.

Compreendido este cenário, aborda-se a compreensão internacional para o teletrabalho transnacional. A própria Organização Internacional do Trabalho que em 2020 lançou o “teletrabalho durante a pós a pandemia da COVID-19- guia prático” (OIT, 2020) em que elenca as convenções e recomendações da OIT aplicáveis ao teletrabalho, quais sejam: a Convenção (n.º 156) Relativa à Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para os Trabalhadores dos dois Sexos: Trabalhadores com Responsabilidades Familiares, 1981; a Convenção (n.º 155) sobre a Segurança e Saúde dos Trabalhadores, 1981; a Recomendação (n.º 164) sobre a Segurança e Saúde dos Trabalhadores, 1981; a Recomendação (n.º 206) sobre Violência e Assédio, 2019; a Convenção (n.º 190) sobre Violência e Assédio, 2019; a Convenção (n.º 154) relativa à Promoção da Negociação Coletiva, 1981; a Convenção (n.º 183) sobre a Proteção da Maternidade, 2000.

¹⁴ FLORIDA, R. Ascensão da classe criativa. São Paulo: IPM, 2011. FLORIDA, R. The creative class and economic development. *Economic Development Quarterly*, n. 28, vol. 3, p. 196-205, 2014.

¹⁵ SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda – São Paulo: Edipro, 2016.

¹⁶ PEREIRA, Chris Herbert Berenguer; PAIVA JR, Fernando Gomes de; MUZZIO, Henrique. O Trabalho Criativo em Carreiras Sem Fronteiras: O Caso da Boundary VFX. *Revista Psicologia: Organizações & Trabalho (rPOT)*, n. 21, vol. 1. 2021.

¹⁷ PEREIRA, Chris Herbert Berenguer; PAIVA JR, Fernando Gomes de; MUZZIO, Henrique. O Trabalho Criativo em Carreiras Sem Fronteiras: O Caso da Boundary VFX. *Revista Psicologia: Organizações & Trabalho (rPOT)*, n. 21, vol. 1. 2021.

¹⁸ HATALA, J. P., & YAMKOVENKO, B. (2016). Weak Ties and Self-regulation in Job Search. *Journal of Career Development*, 43(6), 541–555.

Entretanto, após analisar-se esses instrumentos, verifica-se que não há disposições específicas ao trabalho virtual/teletrabalho, sendo possível por aproximação utilizar alguns dispositivos ou ainda no caso das convenções de cunho mais genérico. A título exemplificativo, aponta-se que a Convenção n. 177 que se refere ao trabalho em domicílio possui uma abordagem mais ampliada com relação as proteções possíveis: não vincula trabalho formal subordinado ao sujeito que necessariamente não detenha os equipamentos tecnológicos: “não é porque o empregado detém os equipamentos tecnológicos para a produção que não se formará a relação de emprego”.¹⁹

De caráter não vinculativo tem-se a Recomendação nº 184 da OIT aplicável aos trabalhadores em domicílio e, possível de aplicação análoga no que tange a parte VI, nº16 que dispõe que os trabalhadores deverão ser recompensados por gastos relacionados ao trabalho, como energia, água, manutenção de máquinas e equipamentos.

Nesse sentido, é possível concluir que não há, no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, Instrumentos Internacionais de *Hard Law* que podem ser imediatamente aplicados à essas relações, sendo possível a aplicação de outros por seu caráter genérico ou por analogia com o trabalho em domicílio.

Por um lado, tem-se a discussão referente a jurisdição aplicável ao teletrabalho transnacional, já que não há *standards* mínimos estipulados na legislação internacional.

Compreende-se que a jurisdição nacional é o “direito do Estado sobre o território e os respectivos habitantes é exclusivo, ou seja, nenhum outro Estado pode exercer a sua jurisdição sobre o território, a não ser com consentimento do primeiro”.²⁰ Considerando o cenário do trabalho transnacional a situação fática se desenvolve com um trabalhador desenvolvendo o seu trabalho em um país de forma virtual para uma empresa de outro país.

Para a definição da jurisdição de qual país seria aplicável, aponta-se três possibilidades: local de exercício do trabalho; a aplicação da norma mais favorável; o local da empresa.

A primeira corrente estaria pautada no art. 198 do Código de Direito Internacional Privado, traz a disposição de que é territorial a legislação que trata sobre acidente de trabalho e proteção social do trabalhador. A segunda no princípio da norma mais favorável ao trabalhador, enquanto princípio geral do direito do trabalho. A terceira, no local da empresa, onde se recebe o resultado deste trabalho, é explanada por Manuel Martín Pino Estrada:

¹⁹ OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação. (238 f.) Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 105.

²⁰ ACCIOLY, Hildebrando Pompeo Pinto; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. Manual de direito internacional público. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 465.

a lei a ser aplicada não seria do lugar onde se encontrar fisicamente o teletrabalhador, senão a do país no qual está sendo recebida a prestação. Deste ponto de vista o direito aplicável seria do país estrangeiro, mesmo que o teletrabalhador não tivesse saído do lugar de origem.²¹

Outra possibilidade que traria debates interessantes à temática é a aplicação análoga das Convenção das Nações unidas sobre o Direito do Mar que vinculam a jurisdição a bandeira do navio, independente da nacionalidade dos trabalhadores a bordo. Nesse sentido, no caso do teletrabalho transnacional, seria possível estipular a jurisdição com base na “plataforma” de exercício da atividade.

Considerando os cenários traçados, aponta-se as dificuldades da escolha da jurisdição nacional se adotado um dos critérios apontados: se escolhida a jurisdição do país do empregado, poderia resultar na não contratação de trabalhadores que fossem nacionais de países com altas proteções (já discutido no Direito do Mar); se, por outro lado, escolhida a jurisdição da empresa poderia ensejar a alocação de empresas em países com uma menor proteção legislativa. Ambos os debates são discutidos no âmbito do Direito Marítimo. Dessa forma, o estabelecimento de standards mínimos no âmbito internacional poderia resultar em uma uniformização básica das proteções.

2. A Regulação do Teletrabalho Transnacional sob a Perspectiva da Teoria dos Custos de Transação.

A interação entre indivíduos por meio de trocas voluntárias é a forma de alocação de ativos dentro da Economia de Mercado²², sendo este o único ambiente em que o indivíduo pode suprir suas necessidades e interesses com a melhor alocação.²³ Nesse sentido, as trocas ocorrem “quando as partes têm esperança de ganhos”²⁴, logo, a maximização dos interesses das partes envolvidas é um elemento estruturante para que o livre mercado possa se

²¹ PINO ESTRADA, Manuel Martín. O teletrabalho transfronteiriço no Direito brasileiro e a globalização. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2002-dez-30/teletrabalho_transfronteirico_direito_brasileiro?pagina=2 Acesso em 19 maio 2023.

²² FRIEDMANN, Milton. Capitalismo e Liberdade. Tradução Afonso Celso da Cunha Serra. 1. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014, p. 21.

²³ HAYEK, Friedrich. O Caminho da Servidão. 6. Ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010, p 105.

²⁴ ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia. 3.ed. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 235.

operacionalizar²⁵. Por outro lado, este sistema gera custos²⁶ inerentes à “ocorrência das trocas desde seu início até o exaurimento do seu objeto”²⁷, estes são os custos de transação.

Caso estes custos sejam elevados poderá haver uma dificuldade, redução ou até impossibilitar a ocorrência das transações”²⁸.

Considerando essas premissas, os autores da Nova Economia Institucional (NEI) apontam que “a ação estatal deve ser dirigida, sempre que possível, à redução de custos de transação, facilitando a obtenção de um resultado eficiente pela ação individual”²⁹. Dessa forma, estes custos podem ser reduzidos, mas não eliminados vez que decorrem da necessidade de negociação e cumprimento do contrato³⁰. Williamson define os Custos de Transação como:

os custos *ex ante* de redação, negociação e criação de garantias de um acordo e, em especial, os custos *ex post* de inadequação e ajustamento que surgem quando a execução do contrato ocorre de forma equivocada como resultado de lacunas, erros, omissões e distúrbios não antecipados; em outras palavras, os custos para colocar o sistema econômico em funcionamento.³¹

Dessa forma, os custos já estão presentes antes de sequer formalizar-se um contrato, por exemplo e são intensificados na vida contratual. Há fatores que determinam o aumento ou redução dos Custos de Transação: a frequência, a incerteza e especificidade³². A frequência das transações pode gerar o reaproveitamento de custos a partir da segunda transação, a incerteza e a especificidade são efeitos das transações durante a sua formalização e execução,

²⁵ LUCIANI, Danna Catharina Mascarello. Economia de Plataforma e Liberdade Econômica no Brasil: considerações a partir da análise econômica do direito. 2021. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2021, p. 13.

²⁶ COASE, Ronald. The Nature of The Firm. *Economica*, n. 16, v. 4, nov 1937, pp. 386-405, p. 403.

²⁷ LUCIANI, Danna Catharina Mascarello. Economia de Plataforma e Liberdade Econômica no Brasil: considerações a partir da análise econômica do direito. 2021. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2021, p. 17.

²⁸ TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Economia de Plataforma (ou Tendência à Bursatilização dos Mercados): Ponderações Conceituais Distintivas em Relação à Economia Compartilhada e à Economia Colaborativa e Uma Abordagem de Análise Econômica do Direito dos Ganhos de Eficiência Econômica Por Meio da Redução Severa de Custos de Transação. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Ano 6, nº 4. 2020, p. 1984-1985.

²⁹ KLEIN, Vinicius. *A Economia dos Contratos: uma análise microeconômica*. Curitiba: Editora CRV, 2015, p. 135.

³⁰ COASE, Ronald. The Nature of The Firm. *Economica*, n. 16, v. 4, nov 1937, pp. 386-405, p. 390.

³¹ Tradução livre do original: “The ex ante costs of drafting, negotiating, and safeguarding an agreement and, more especially, the ex post costs of maladaptation and adjustment that arise when contract execution is misaligned as a result of gaps, errors, omissions, and unanticipated disturbances; the costs of running the economic system.” In: WILLIAMSON, Oliver E. *The Mechanisms of Governance*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 379.

³² WILLIAMSON, Oliver E. *The Mechanisms of Governance*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 59-60.

gerando custos para que o contrato seja formalizado e executado de acordo com o desejo das partes.³³

Paralelamente tem-se Simon abordando sobre a racionalidade limitada como: “um instrumento para lidar com as limitadas habilidades humanas de compreensão e de cálculo, na presença de complexidade e incerteza”³⁴ e conforme comentam Caldas e Coelho “os agentes de Simon tem limites de percepção e conhecimento. Suas escolhas são guiadas por avaliações de consequências esperadas de ações, mas eles podem perceber um número muito grande de ações admissíveis, sem computar perfeitamente as consequências de cada uma delas”.³⁵ Assumindo-se a racionalidade limitada de Simon os contratos, inclusive laborais, seriam sempre incompletos os “que compõe um cenário frequentemente carregado pela falta de confiança interpessoal e organizacional, complementado por uma hierarquia geralmente fluída, supostamente democrática e pouco propensa a promover e exigir comportamentos ético”.³⁶

Tal realidade amplia a incerteza inerente aos contratos, o que dilata os espaços de possibilidade de comportamento oportunista. Para Williamson, trata-se do “agir malicioso visando o autointeresse”³⁷. Sob esse aspecto, Hildebrando propõe a discussão do oportunismo enquanto termo de difícil definição: por um lado estaria amparado em lei, enquanto a maximização de interesses, por outro seria uma “uma contrafação da ética e manifestação de ganância”.³⁸

Apesar dessa divergência, este fixa sua análise da relação dos custos de transação e oportunismo considerando uma relação de causa e efeito entre eles e, ainda, avaliando os seus impactos para as organizações:

o primeiro, originário de negociações extensas e abrangentes ex-ante, tipicamente contratação inicial dos funcionários, possivelmente um redutor de oportunismo; o segundo, a negociação ex-post realizada por ocasião de demissões e/ou processos de dispensa coletiva, usualmente onerada com custos adicionais, e oportunismo; e terceiro, as complicações burocráticas decorrentes dos processos judiciais finais, que são uma forma tardia (e forçada) de negociação ex-post.³⁹

³³ WILLIAMSON, Oliver E. *The Mechanisms of Governance*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 59-60.

³⁴ Posteriormente o autor aprofundou o conceito. SIMON, Herbert. *Models of Bounded Rationality*. Boston: MIT Press, 1982.

³⁵ CALDAS, JC; COELHO, H. The origin of institutions: socio-economic processes, choice, norms and conventions. *Journal of Artificial Societies and Social Simulation*, volume 2, number 2, 1999

³⁶ HILDEBRANDO, Valdemiro. Análise de custos de transação e evidências de oportunismo organizacional. *PESQUISA & DEBATE*, SP, volume 19, número 2 (34) pp.,157-177, 2008

³⁷ WILLIAMSON, Oliver E. *The Mechanisms of Governance*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 06.

³⁸ HILDEBRANDO, Valdemiro. Análise de custos de transação e evidências de oportunismo organizacional. *PESQUISA & DEBATE*, SP, volume 19, número 2 (34) pp.,157-177, 2008

³⁹ HILDEBRANDO, Valdemiro. Análise de custos de transação e evidências de oportunismo organizacional. *PESQUISA & DEBATE*, SP, volume 19, número 2 (34) pp.,157-177, 2008

Dessa forma, quando uma organização “defrontar-se com níveis altos de oportunismo, a organização terá que aceitar maiores C/T [custos de transação] para reduzi-lo ou evitá-lo [o oportunismo], impondo negociações completas ou abrangentes”⁴⁰ e, por outro lado, “Negociações abrangentes *ex-ante* teriam um efeito positivo em termos de redução dos níveis de oportunismo, comparavelmente a negociações abrangentes *ex-post*.”⁴¹

Apesar deste lado positivo das negociações abrangentes, estas poderiam ser influenciadas por um outro componente: o atrito “resultante da falta ou insuficiência de regulação interna e também da percepção das dificuldades oriundas de negociações abrangentes e complexas”.

Hildebrando apresenta a relação entre custos de transação e oportunismo em quatro correntes: a funcional: em que há negociações mais abrangentes *ex ante*, média/alta confiança organizacional e médio/alto capital social; a utópica: negociações abrangentes, alta confiança organizacional e alto capital social; a realística: negociações abrangentes *ex-post*/tardias, baixa/média confiança organizacional, baixo/médio capital social; e a disfuncional: negociações complacentes, baixa confiança organizacional e baixo capital social.⁴² Para o autor, ao confrontar-se com níveis altos de oportunismo a organização tenderá a aceitar maiores custos de transação para reduzir ou evitar o oportunismo.

É nesse sentido que as negociações abrangentes *ex-ante* “teriam um efeito positivo em termos de redução dos níveis de oportunismo, comparavelmente a negociações abrangentes *ex-post*”, assim como, considerando a racionalidade limitada os contratos serão sempre imperfeitos, em virtude das limitações humanas e cercados de comportamentos oportunistas e incerteza.⁴³ Gonçalves e Nascimento neto apontam, ainda que os custos *ex-ante* envolvem “custos de geração e obtenção de informações acerca do objeto, custos contratuais e custos associados às intermediações das atividades”⁴⁴

Veja-se que embora diversas alterações nas Legislações Trabalhistas estejam ocorrendo nos últimos anos com uma tendência flexibilizatória, diversos autores apontam

⁴⁰ HILDEBRANDO, Valdemiro. Análise de custos de transação e evidências de oportunismo organizacional. PESQUISA & DEBATE, SP, volume 19, número 2 (34) pp.,157-177, 2008

⁴¹ HILDEBRANDO, Valdemiro. Análise de custos de transação e evidências de oportunismo organizacional. PESQUISA & DEBATE, SP, volume 19, número 2 (34) pp.,157-177, 2008

⁴² HILDEBRANDO, Valdemiro. Análise de custos de transação e evidências de oportunismo organizacional. PESQUISA & DEBATE, SP, volume 19, número 2 (34) pp.,157-177, 2008

⁴³ STICKEL, Eberhard. Collaboration among Competitors—A First Economic Analysis. Paper... Germany: ASIS Midyear 1998 Proceedings, 1998

⁴⁴ NASCIMENTO NETO, José Osório do; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Custos de transação em energias renováveis e sua importância para o desenvolvimento sustentável. Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 16, n. 1, p. 105-134, jan./abr. 2014

que há um ciclo de reinício do debate da flexibilização e desregulação das leis que dificilmente será exaurido.⁴⁵ Esse ciclo, cumpre ressaltar, não é restrito ao ordenamento jurídico trabalhista, alcançando todo o ordenamento vigente de modo que a regulação estatal ocorra em “um movimento contínuo de avanços e recuos”, seguindo a lógica do mercado⁴⁶. É nesse cenário de conflito que Guerra afirma que os níveis baixos de confiança tendem a contribuir para que os indivíduos cooperem a partir de um sistema formal de códigos e regulamentos, que inclusive podem gerar novos custos de transação.⁴⁷ Ressaltando-se que haverá custos, também, no desenvolver da relação contratual.⁴⁸ Embora possa haver essa consequência, são os padrões éticos que sobrevivem a esses questionamentos, sendo inevitáveis, compensatórios à nível não econômico, à nível social⁴⁹ e da produtividade organizacional.⁵⁰

Nesse sentido, uma legislação internacional formada no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, em seu sistema tripartite: Empresas, Estados e Trabalhadores contribuiriam para que se apresentasse de forma suficientemente ampla para estabelecer *standards* mínimos regulatórios. Esses parâmetros construídos com base na negociação *ex-ante* poderiam ser elementos de padronização de condutas e, assim, reduzindo custos de transação relacionados a suportar uma norma trabalhista rígida para fins de manutenção da empresa no mercado.

Conclusão.

Toda relação de trabalho está imersa nos eixos incentivos⁵¹, racionalidade limitada, oportunismo e custos de transação, diante desse cenário objetivou-se com essa pesquisa

⁴⁵ PRADO, Ney. Economia Informal e o Direito no Brasil. São Paulo: Editora LTR, 1991; POCHMANN, M. O Trabalho Sob Fogo Cruzado: Exclusão, Desemprego e Precarização no Final do Século. São Paulo: Editora Contexto, 1999; CARDOSO Jr, José Celso. Crise e Desregulação do Trabalho no Brasil. In: IPEA Texto para Discussão, ISSN 1415-4765, 2001. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em 15 de maio de 2023; LARANGEIRA, S.G. Transformações na Realidade do Trabalho no Brasil e Portugal. Sociologias, no. 12, pp. 16-31, 2004

⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Princípios Constitucionais na Interpretação das Normas de Direito Comercial. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Boas; FRAZÃO, Ana. Lei de Liberdade Econômica e seus Impactos no Direito Brasileiro. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 432.

⁴⁷ GUERRA, Antonio Castro. Ética e Economia. Gabinete de Estudos e Prospectiva Econômica do Ministério da Economia de Portugal. Seminário... Ministério da Economia, 1997. Disponível no site: <<http://www.gee.min-economia.pt/resources/docs/publicacao/DT/dt03.pdf>>. Acesso em 15 de maio de 2023.

⁴⁸ CASSI, Guilherme Helfenberger Galino; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Os Custos De Transação No Contrato De Integração. Revista da AJURIS, v. 41, n. 136, Dezembro 2014, pp. 247-266.

⁴⁹ DONALDSON, T. The Ethical Wealth of Nations. Journal of Business Ethics, Vol. 31, p. 25-36, 2001.

⁵⁰ GUERRA, Antonio Castro. Ética e Economia. Gabinete de Estudos e Prospectiva Econômica do Ministério da Economia de Portugal. Seminário... Ministério da Economia, 1997. Disponível no site: <<http://www.gee.min-economia.pt/resources/docs/publicacao/DT/dt03.pdf>>. Acesso em 15 de maio de 2023.

⁵¹ Para o aprofundamento do tema de incentivos e mercados, consulte: GONÇALVES, Oksandro Osdival. Os Incentivos Tributários na Zona Franca de Manaus e o Desequilíbrio Concorrencial no Setor de Refrigerantes. Economic Analysis Of Law, V. 3, nº 1, p. 72-94, Jan-Jun, 2012.

mapear os obstáculos a regulação do teletrabalho transnacional. A pergunta-chave desta pesquisa era: A regulação do teletrabalho transnacional representa um aumento dos custos de transação a ponto de inviabilizar a prestação deste? A resposta é: depende do formato da legislação.

Nesse sentido, mapeou-se a compreensão do teletrabalho em seu conceito, a regulamentação brasileira, a ausência de regulamentação precisa sobre o tema à nível internacional e os obstáculos para a definição de jurisdição para a aplicação de uma legislação ao trabalhador. Consolidou-se três correntes: a primeira defende a aplicação do país do colaborador; a segunda a norma mais favorável; a terceira ao local de recebimento do trabalho, em suma o local em que se situa a empresa; ou ainda, em analogia às Convenções do Direito do Mar: a vinculação à bandeira da plataforma. Todos esses cenários geram incertezas quanto à qual legislação se aplicar e geram custos de transação de diversos formatos: se escolhida a jurisdição do país do empregado, poderia resultar na não contratação de trabalhadores que fossem nacionais de países com altas proteções (já discutido no Direito do Mar); se, por outro lado, escolhida a jurisdição da empresa poderia ensejar a alocação de empresas em países com uma menor proteção legislativa. Ambos os debates são discutidos no âmbito do Direito Marítimo.

Diante desse cenário estudou-se a Teoria dos Custos de Transação da Análise Econômica do Direito, compreendendo-se os custos como inerentes a economia de trocas presente no mercado. Nesse sentido, a ação estatal deve ser direcionada a reduzir esses custos, vez que há fatores que podem aumentar, diminuir ou reaproveitar determinados custos. De forma paralela, tem-se a racionalidade limitada presente em todos os contratos, como uma característica humana, que podem influenciar na alocação dos custos; e, também, o oportunismo como outro elemento que pode ampliar os custos de transação da relação empresarial trabalhista.

Considerando esse cenário traçado demonstrou-se que a saída para a redução de custos de transação está em negociações abrangentes *ex-ante*, o que pode se dar por meio do estabelecimento de standards mínimos à nível Internacional, por meio do diálogo tripartite presente na Organização Internacional do Trabalho. O estabelecimento desta legislação não garante o completo exaurimento dos custos de transação, mas sim, pode auxiliar na redução, em especial de comportamentos oportunistas, como a eleição de bandeira de plataforma para definição de uma jurisdição laboral menos benéfica a trabalhadores; assim, como o elevado custo de transação da eleição da “norma mais favorável” que envolveria ter jurisdições diferentes a serem aplicadas a cada colaborador.

Referências.

ACCIOLY, Hildebrando Pompeo Pinto; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. Manual de direito internacional público. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia. 3.ed. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 235.

CALDAS, JC; COELHO, H. The origin of institutions: socio-economic processes, choice, norms and conventions. *Journal of Artificial Societies and Social Simulation*, volume 2, number 2, 1999

CARDOSO Jr, José Celso. Crise e Desregulação do Trabalho no Brasil. In: IPEA Texto para Discussão, ISSN 1415-4765, 2001. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em 15 de maio de 2023; LARANGEIRA, S.G. Transformações na Realidade do Trabalho no Brasil e Portugal. *Sociologias*, no. 12, pp. 16-31, 2004

CASSI, Guilherme Helfenberger Galino; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Os Custos De Transação No Contrato De Integração. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 136, Dezembro 2014, pp. 247-266.

COASE, Ronald. The Nature of The Firm. *Economica*, n. 16, v. 4, nov 1937, pp. 386-405, p. 403.

DONALDSON, T. The Ethical Wealth of Nations. *Journal of Business Ethics*, Vol. 31, p. 25-36, 2001.

EUROFOUND AND ILO. 2017. Working Anytime, Anywhere: The Effects on the World of Work. Luxembourg and Geneva: Publications Office of the European Union and ILO.

FANZERES, Naira; LIMA, Luciana Campos. Evidências da adaptação de profissionais de secretariado ao trabalho virtual. *R. G .Secr., GESEC*, v.9, n.1, 2018.

FLORIDA, R. Ascensão da classe criativa. São Paulo: IPM, 2011.; FLORIDA, R. The creative class and economic development. *Economic Development Quarterly*, n. 28, vol. 3, p. 196-205, 2014.

FRIEDMANN, Milton. Capitalismo e Liberdade. Tradução Afonso Celso da Cunha Serra. 1. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014, p. 21.

FRIEDRICH, Denise Bittencourt; PHILIPPI, Juliana Horn Machado. Inclusão digital e blockchain como instrumentos para o desenvolvimento econômico. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 97-115, jan./abr. 2020, DOI: <https://doi.org/10.47975/IJDL/1friedrich> Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/friedrichv1n1> Acesso em: 04 mar. 2023, p. 104.

GONÇALVES, Oksandro Osdival. Os Incentivos Tributários na Zona Franca de Manaus e o Desequilíbrio Concorrencial no Setor de Refrigerantes. *Economic Analysis Of Law*, V. 3, nº 1, p. 72-94, Jan-Jun, 2012.

GUERRA, Antonio Castro. Ética e Economia. Gabinete de Estudos e Prospectiva Econômica do Ministério da Economia de Portugal. Seminário... Ministério da Economia, 1997. Disponível no site: < <http://www.gee.min-economia.pt/resources/docs/publicacao/DT/dt03.pdf> >. Acesso em 15 de maio de 2023.

- HATALA, J. P., & YAMKOVENKO, B. (2016). Weak Ties and Self-regulation in Job Search. *Journal of Career Development*, 43(6), 541–555.
- HAYEK, Friedrich. O Caminho da Servidão. 6. Ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010, p 105.
- HILDEBRANDO, Valdemiro. Análise de custos de transação e evidências De oportunismo organizacional. PESQUISA & DEBATE, SP, volume 19, número 2 (34) pp.,157-177, 2008
- KLEIN, Vinicius. A Economia dos Contratos: uma análise microeconômica. Curitiba: Editora CRV, 2015, p. 135.
- LUCIANI, Danna Catharina Mascarello. Economia de Plataforma e Liberdade Econômica no Brasil: considerações a partir da análise econômica do direito. 2021. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2021, p. 13.
- LUCIANI, Danna. CARVALHO, Maria Paula. O Direito à Desconexão nas Relações de Teletrabalho em Tempos de COVID-19. In: FARAH, Gustavo. FERNEDA, Ariê. FERRAZ, Míriam. Os impactos da COVID-19 nas relações de trabalho. Belo Horizonte: Senso, 2020, p. 100-114)
- NASCIMENTO NETO, José Osório do; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Custos de transação em energias renováveis e sua importância para o desenvolvimento sustentável. *Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 16, n. 1, p. 105-134, jan./abr. 2014*
- OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. Reflexões sobre o teletrabalho transnacional. *Revista de Direito UNIFACS*, n. 257, 2021. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/7508/4472#>. Acesso em 20/01/2021
- OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação. (238 f.) Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017,
- PEREIRA, Chris Herbert Berenguer; PAIVA JR, Fernando Gomes de; MUZZIO, Henrique. O Trabalho Criativo em Carreiras Sem Fronteiras: O Caso da Boundary VFX. *Revista Psicologia: Organizações & Trabalho (rPOT)*, n. 21, vol. 1. 2021.
- PINO ESTRADA, Manuel Martin. O teletrabalho transfronteiriço no Direito brasileiro e a globalização. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2002-dez-30/teletrabalho_transfronteirico_direito_brasileiro?pagina=2 Acesso em 19 maio 2023.
- POCHMANN, M. O Trabalho Sob Fogo Cruzado: Exclusão, Desemprego e Precarização no Final do Século. São Paulo: Editora Contexto, 1999.
- PRADO, Ney. Economia Informal e o Direito no Brasil. São Paulo: Editora LTR, 1991.
- RICHTER, Luiz Egon. PHILIPPI, Juliana Horn Machado. Inovação e Segurança Jurídica: A Necessidade de Regulação de Criptoativos Imobiliários e do Uso da Blockchain nas Transações Imobiliárias. *Revista de Direito Imobiliário*. 2022, n. 93. p. 191-228.
- SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. Tradução Daniel Moreira Miranda – São Paulo: Edipro, 2016.
- SILVA TOSE, Marília de Gonzaga Lima e. Teletrabalho: a prática do trabalho e a organização subjetiva dos seus agentes. Tese de Doutorado em Ciências Sociais. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005, p. 54.
- SIMON, Herbert. Models of Bounded Rationality. Boston: MIT Press, 1982.

STICKEL, Eberhard. Collaboration Among Competitors—A First Economic Analysis. Paper... Germany: ASIS Midyear 1998 Proceedings, 1998

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Economia de Plataforma (ou Tendência à Bursatilização dos Mercados): Ponderações Conceituais Distintivas em Relação à Economia Compartilhada e à Economia Colaborativa e Uma Abordagem de Análise Econômica do Direito dos Ganhos de Eficiência Econômica Por Meio da Redução Severa de Custos de Transação. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Ano 6, nº 4. 2020, p. 1984-1985.

WILLIAMSON, Oliver E. *The Mechanisms of Governance*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 379.

A Definição da Parentalidade Diante da Autoinseminação

The definition of parenthood in the face of self-insemination

Patricia Ferreira Rocha¹

Sumário: 1. A liberdade de planejamento familiar e a definição da parentalidade no ordenamento jurídico brasileiro; 2. Os reflexos da reprodução humana assistida nas relações parentais; 3. Autoinseminação e ausência do anonimato do doador: quais as consequências jurídicas na esfera familiar?; Considerações Finais.

Resumo: A Constituição Federal brasileira de 1988 consagra o livre planejamento familiar como uma forma de expressão da autonomia privada, refletida, entre outros aspectos, na liberdade de escolha do indivíduo ou da entidade familiar no que diz respeito à concretização de seu projeto parental. Regulamentado pela Lei nº 9.263/1996, o livre planejamento familiar compreende um conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole não só pelo casal, como pela mulher e pelo homem de forma individualizada. A concretização do projeto parental, contudo, pode ficar, por vezes, vulnerado em função de fatores físicos e biológicos decorrentes de infertilidade ou de esterilidade, assim como de questões relativas ao estado civil, à orientação sexual e à identidade de gênero. Tais situações, não obstante, podem vir a ser suplantadas por meio da reprodução humana assistida, que promove, mediante assistência de profissional da saúde, a substituição da relação sexual por métodos cirúrgicos, hormonais e biológicos, com uso, caso necessário, de material genético de terceiro(s) estranho(s) ao projeto parental, cuja identidade é mantida em sigilo, assim como do(s) respectivo(s) receptor(es) do sêmen, óvulo ou embrião doado. Acontece que os altos custos financeiros atrelados aos procedimentos de reprodução humana assistida deixam uma grande parcela da população brasileira à margem do acesso ao direito de concretizar seu projeto parental, ainda que o tratamento de fertilidade e reprodução seja ofertado gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde, pois poucos hospitais públicos realizam os procedimentos e a sua oferta é restrita a casos de infertilidade, com longa demanda que gera demora na sua prestação. Esta vulnerabilidade socioeconômica reprodutiva faz com que muitas pessoas e casais optem pelo procedimento denominado inseminação caseira ou autoinseminação, pelo qual o sêmen de um doador conhecido é coletado em ambiente doméstico e introduzido no corpo de uma mulher (receptora), por ela própria ou com auxílio de uma pessoa leiga, não havendo qualquer controle sobre o material genético ou a sua implantação. Este artigo buscará analisar se ausência de anonimato quanto à figura do doador de sêmen na autoinseminação pode levar à propositura de ação visando o estabelecimento da parentalidade, seja por iniciativa do próprio doador, da pessoa ou casal receptor do material genético ou do próprio filho assim gerado, mesmo quando o contrato de geração de filhos estipule cláusula abdicativa da paternidade biológica, na perspectiva dos direitos da criança e do adolescente na esfera familiar.

Palavras-chave: Planejamento familiar; Autoinseminação; Parentalidade.

Abstract: The Brazilian Federal Constitution of 1988 enshrines free family planning as a form of expression of private autonomy, reflected, among other aspects, in the freedom of

¹ Doutoranda na Universidade do Minho, Portugal. Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Advogada e Professora de Direito das Famílias e das Sucessões. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa CONREP – Constitucionalização das Relações Privadas (UFPE). Diretora Acadêmica do IBDFAM Alagoas. Instagram: @professorapatriciarocha. E-mail: patriciarochacz@hotmail.com.

choice of the individual or the family entity with regard to the realization of their parental project.

Regulated by Law No. 9,263/1996, free family planning comprises a set of actions to regulate fertility that guarantees equal rights of constitution, limitation or increase of offspring not only by the couple, but also by the woman and the man in an individualized way. The implementation of the parental project, however, can sometimes be undermined due to physical and biological factors resulting from infertility or sterility, as well as issues related to marital status, sexual orientation and gender identity. Such situations, however, may be overcome by means of assisted human reproduction, which promotes, through the assistance of a health professional, the replacement of sexual intercourse by surgical, hormonal and biological methods, using, if necessary, genetic material from third parties (s) foreign to the parental project, whose identity is kept confidential, as well as the respective semen recipient(s), donated egg or embryo. It turns out that the high financial costs linked to assisted human reproduction procedures leave a large portion of the Brazilian population on the margins of access to the right to realize their parental project, even though fertility and reproduction treatment is offered free of charge by the Unified Health System, since few public hospitals perform the procedures and their offer is restricted to cases of infertility, with long demand that generates delay in its provision. This socioeconomic reproductive vulnerability causes many people and couples to opt for the procedure called home insemination or self-insemination, by which the semen of a known donor is collected in a domestic environment and introduced into the body of a woman (recipient), by herself or with the help of a lay person, with no control over the genetic material or its implantation. This article will seek to analyze whether the absence of anonymity regarding the figure of the semen donor in autoinsemination can lead to the filing of an action aimed at establishing parenthood, either on the initiative of the donor himself, of the person or couple receiving the genetic material or of the child thus generated, even when the contract of generation of children stipulates an abdicative clause of biological paternity, from the perspective of the rights of children and adolescents in the family sphere.

Keywords: Family planning; Self-insemination; Parenting.

1. A Liberdade de Planejamento Familiar e a Definição da Parentalidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O direito ao livre planejamento familiar, assegurado no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988, foi regulamentado através da Lei nº 9.263/1996, que o define como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”, o que compreende as atividades de assistência à concepção e contracepção, o atendimento pré-natal, a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato, o controle das doenças sexualmente transmissíveis e o controle e a prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis².

O planejamento familiar abrange, assim, a idealização e constituição de uma família enquanto projeto pessoal e parental, fazendo parte do atendimento global e integral à saúde

² BRASIL. Lei nº 9.263/96. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm. Acesso em 10/08/2023.

sexual e reprodutiva, que se manifesta como elemento essencial ao respeito à integridade físico-psíquica da pessoa humana. A concretização do direito reprodutivo, portanto, preza pelo bem-estar que ultrapassa os aspectos físicos, assistindo, também, ao psicológico e social, pois “o ser humano não se constitui de um corpo físico, mas também possui sentimentos, emoções, é dotado de razão e, por consequência, depende do meio em que vive para o seu desenvolvimento”³.

A decisão de ter ou não ter filhos, com quem, quando tê-los, a quantidade e o espaçamento entre eles é, portanto, legítima quando assentada na autonomia reprodutiva da pessoa ou do casal, mas, além disso, impõe uma responsabilidade no campo das relações de parentalidade e filiação. Assim, a procriação, além de simplesmente transmitir a vida geração a geração, deve compreender a responsabilidade para com a criação de um novo ser humano desde a fecundação até o nascimento, estendendo-se, até mesmo, ao seu pleno crescimento⁴.

Acontece que a competência parental não está atrelada necessariamente a uma competência procriativa, segundo a qual somente quem pode naturalmente procriar está habilitado a ser pai ou mãe. A parentalidade, nos termos do art. 1.593 do Código Civil de 2002, pode advir tanto da consaguinidade, seja ela decorrente da conjunção carnal ou da adoção de técnicas de reprodução humana assistida homóloga, como também de “outra origem”.

Neste sentido, desde 1979, João Baptista Villela afirmava que a “paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural”⁵, o que acabou por conduzir à distinção entre as figuras do pai/mãe e a do genitor(a), bem como a construção do conceito de socioafetividade, pelo qual a parentalidade se constitui por um ato de vontade, no qual as figuras do pai e da mãe assumem esse papel, exercendo uma função parental, independentemente de qualquer relação biológica, estando presente nas hipóteses de adoção, reprodução assistida heteróloga e socioafetividade em sentido estrito.

Além disso, o ordenamento jurídico brasileiro consagra a parentalidade por presunção, pela qual o estado de filiação está vinculado ao estado conjugal dos pais e ao tempo em que se deu a concepção ou a adoção de técnicas de reprodução humana assistida, nos termos do art. 1.597 do Código Civil de 2002 abaixo colacionado:

³ SARTORI, Giana Lisa Zanardo. Reprodução humana assistida: um direito fundamental?, 2015, p. 178/179.

⁴ RODRIGUES JR., Walsir Edson; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução humana assistida. In: Problemas da família no direito. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antonio Carlos Mathias; OLIVEIRA E TELLES, Marília Campos, 2012, p. 184.

⁵ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n° 21, 1979, p. 400. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>. Acesso 10/08/2023.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Feitas estas considerações iniciais, o próximo capítulo se propõe a analisar como os avanços na área de biotecnologia, que permitiram contornar problemas com a infertilidade, possibilitando a transmissão da carga genética dos pais para seu filho a partir da manipulação laboratorial das células germinativas daqueles e, de outro norte, suplantar a esterilidade mediante o auxílio ao material fecundante de um doador anônimo, acabaram por refletir no estabelecimento das relações parentais.

2. Os Reflexos da Reprodução Humana Assistida nas Relações Parentais

Ivone M. Candido Coelho de Souza ensina que o planejamento familiar é inseparável do respeito e da observação das opções particulares, em que as pessoas elegem seus padrões de reprodução, pretendendo que a própria família decida acerca da descendência, embora nem sempre as condições estejam à disposição⁶.

O planejamento familiar pode ficar, portanto, vulnerado, razão pela qual devem ser disponibilizados meios para que este direito constitucionalmente reconhecido possa vir a ser materializado. É neste cenário que ganha relevo a chamada reprodução humana assistida, consistente num conjunto de procedimentos médico-científicos que visam manipular laboratorialmente as células sexuais, substituindo ou facilitando alguma etapa imperfeita ao longo do processo reprodutivo, com vistas a permitir a concretização de um projeto parental.

Para tanto, podem ser utilizados os gametas sexuais masculino e feminino provenientes do próprio casal, casado ou que vive em união estável, que assumirá a paternidade e a maternidade da criança assim gerada, o que é denominado reprodução homóloga. Neste procedimento, portanto, não há uma “quebra da unidade biológica do casal”⁷, na medida em que o filho gerado portará o mesmo patrimônio genético dos seus pais, sendo reunidas as figuras dos genitores e dos pais nos mesmos indivíduos.

⁶ SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. Parentalidade, dilemas singulares, dilemas coletivos: planejar o controle ou controlar o planejamento? In: Parentalidade: análise psicojurídica. SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de (coord.), 2009, p. 27.

⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos, 1995, p. 147.

É possível, contudo, que um ou ambos os cônjuges ou companheiros não tenha(m) condições de contribuir com seu material fecundante para a procriação, ou em se tratando de pessoa sozinha e casal homoafetivo, o que faz com que dependam do emprego de células sexuais de um terceiro estranho à pessoa ou ao casal para geração do filho, fazendo com que a reprodução assistida seja considerada heteróloga.

Dada a necessidade do emprego de material fecundante de terceiro, esclarece Tycho Brache Fernandes que a reprodução heteróloga se divide em: “*a matre*, quando o gameta doado for o feminino expressa uma política de supressão deliberada das eventuais relações entre doador e receptor. Tal vedação é excepcionada na doação de gametas ou embriões para parentesco de até 4º (quarto) grau, de um dos receptores, desde que não incorra em consanguinidade, bom como por motivação médica, situação em que seus os dados poderão “ser fornecidos exclusivamente aos médicos, resguardando a identidade civil do(a) doador(a)”⁸.

Sobre a questão do anonimato ensina Juliana Queiroz que

, *a patre*, quando se tratar de doação de gameta masculino, ou total, quando os gametas utilizados na fecundação, tanto os masculinos quanto os femininos, são de doadores”⁹. Por esse motivo, esta reprodução pode ser parcial ou totalmente heteróloga, conforme as células reprodutoras advenham de um dos membros do casal e terceiro doador, ou exclusivamente de pessoas estranhas ao casal.

Nesta situação, a investidura na condição jurídica de pai e/ou de mãe por aquele que não forneceu o material genético para geração do filho se dá pela adesão a um projeto familiar, do qual não participa o(s) doador(es), cuja oferta de seu material genético deve ser espontânea e ter intuito solidário, não podendo ser constrangido a auxiliar uma pessoa ou um casal estéril, como também não pode ter finalidade comercial ou lucrativa.

Sobre o assunto, a Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina estipula a regra do anonimato, pela qual é vedado o conhecimento da identidade do doador pelos receptores e a informação sobre a identidade dos receptores pelo doador, o que

O anonimato é, ao mesmo tempo, medida de proteção de todas as partes envolvidas. De um lado, a doação de esperma veio para contribuir com o projeto parental de um casal impossibilitado de procriar. A esse casal nunca esteve presente a vontade de enquadrar um terceiro – o doador biológico – ao seu projeto. Em outro ângulo, o doador não possui nenhum projeto parental, é desinteressado quanto ao destino do sêmen e, portanto, não deseja nenhuma relação de filiação¹⁰.

A despeito de a doação de material genético não permitir o estabelecimento de vínculos parentais, vem se reconhecendo a aplicação, por analogia, do art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, franqueando-se o acesso a essas informações biológicas a partir do reconhecimento à pessoa do direito ao conhecimento da ascendência genética como um direito da personalidade consistente no reconhecimento à pessoa do direito de saber quem são seus genitores biológicos, não podendo a ninguém ser negado o direito de saber a forma como foi gerado.

Acontece que os altos custos financeiros atrelados aos procedimentos de reprodução humana assistida deixam uma grande parcela da população brasileira à margem do acesso ao direito de concretizar seu projeto parental, ainda que o tratamento de fertilidade e reprodução humana

⁸ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.320/2022. Disponível em: [2320_2022.pdf](https://www.cfm.org.br/2320-2022.pdf) (cfm.org.br). Acesso: 10/08/2023.

⁹ FERNANDES, Tycho Brache. A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito. Aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões, 2000, p. 58.

¹⁰ QUEIROZ, Juliana Fernandes. Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial, 2001 p. 95.

assistida seja ofertado gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde,¹¹ já que poucos hospitais públicos realizam os procedimentos e a sua oferta é restrita a casos de infertilidade, com longa espera na fila, aguardando por atendimento.¹²

Esta vulnerabilidade socioeconômica reprodutiva faz com que muitas pessoas e casais optem pelo procedimento denominado inseminação caseira ou autoinseminação, pelo qual o sêmen de um doador conhecido é coletado em ambiente doméstico e introduzido no corpo de uma mulher (receptora), por ela própria ou com auxílio de uma pessoa leiga, não havendo qualquer controle sobre o material genético ou a sua implantação.

Ocorre que a ausência de anonimato quanto à figura do doador de sêmen na autoinseminação leva ao questionamento quanto à possibilidade de estabelecimento de vínculo parental, seja por iniciativa do próprio doador, da pessoa ou casal receptor do material genético ou do próprio filho assim gerado, mesmo quando existente um contrato de geração de filhos que estipule cláusula abdicativa da paternidade biológica, o que será objeto do próximo capítulo.

3. Autoinseminação e Ausência do Anonimato do Doador: Quais as Consequências Jurídicas na Esfera Familiar?

Como visto, na autoinseminação o sêmen (do doador) é coletado em um recipiente ou até mesmo no preservativo, sem necessária esterilização do material de coleta ou de armazenamento e, tampouco, do ambiente, sendo aspirado através de uma seringa ou cateter, por meio do qual é introduzido na diretamente na cavidade vaginal, o mais próximo possível do colo do útero da mulher (receptora), pela própria autora do projeto parental ou por outra pessoa leiga, em domicílio ou em outro local convencionado pelas partes, sem assistência de um profissional de saúde.

Este doador é conhecido e escolhido pela mulher ou pelo casal que pretende dar cumprimento ao projeto parental, selecionado geralmente por meio das redes sociais, onde são listadas as suas características físicas, estéticas e intelectuais. Neste sentido, vários perfis do Facebook denominados Tentantes e Doadores, que reúnem quantidade expressiva de

¹¹ BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 2.048/2009*. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/anexos/anexo_prt2048_03_09_2009.pdf. Acesso: 19/05/2023

¹² CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; RIBEIRO, Patrícia Damasceno; ALMEIDA, João Carlos de Aquino; JACOMINO, Thais Aparecida Marques Zanon. Autoinseminação: conceito, contextualização e procedimento. In: *Inseminação caseira: múltiplas faces*, v. 1. Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral; Patrícia Damasceno Ribeiro; João Carlos de Aquino Almeida (org.) -- Campos dos Goytacazes, RJ : Encontrografia Editora, 2022, p. 18-19.

membros,¹³ tem por objetivo intermediar a ligação entre mulheres ou casais que desejam ter filhos e homens dispostos a ceder seu material genético, ou seja, funcionando como um “banco de sêmen *online*”. Sobre o tema, esclarecem Moyana Mariano Robles-Lessa, Carlos José de Castro Costa e Carlos Henrique Medeiros de Souza que:

*Na inseminação caseira mediada pelo ambiente virtual, a mulher tem uma espécie de “catálogo virtual” à sua disposição, para verificar e escolher a melhor opção do pai biológico do seu filho, com fotos dos doadores, idade, local que reside, número de resultados positivos em doações de sêmen, referências de outras tentantes, inclusive, muitas vezes realizam uma “entrevista” com vários doares. Após escolher o doador, a tentante precisa se encontrar pessoalmente com o doador, para receber o material genético e realizar a autoinseminação.*¹⁴

Apesar dessa interação entre receptora(es) e doador, é comum nestes procedimentos a existência de um contrato de geração de filhos, ainda que meramente verbal, no qual as partes acordam a isenção de responsabilidade futura do doador de material genético em relação ao filho oriundo da autoinseminação, o que importa na renúncia à paternidade da criança assim gerada.

A questão, no entanto, que se coloca em debate é: a ausência de anonimato no procedimento doméstico pode gerar conformações da prole distintas da acordada no contrato de geração de filhos e, também, nas disposições presentes no art. 1.597, inciso V, do Código Civil de 2002 e no art. 17, § 3º do Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça,¹⁵ nas quais se distingue a figura do genitor (doador) e do pai?

O conflito de parentalidade decorrente da autoinseminação poderia, então, advir de três situações distintas: por provocação do próprio doador, da pessoa ou casal receptor do material genético ou do próprio filho assim gerado, na medida em que, como afirma Ana Thereza Meireles Araújo, “a filiação, enquanto matéria de ordem pública, não está condicionada à vontade das partes que a almejam ou simplesmente querem a descartar”.¹⁶ Desta forma, não havendo norma jurídica que afaste a possibilidade de estabelecimento da

¹³ O perfil “Inseminação caseira tentantes & Doadores” possui 48 mil membros ((16) INSEMINAÇÃO CASEIRA TENTANTES & DOADORES | Facebook); O perfil “Inseminação caseira tentantes e Doadores RS e BR” ((16) INSEMINAÇÃO CASEIRA /ENTANTES E DOADORES -) possui 24 mil membros; O perfil “Inseminação caseira - tentantes doadores doação de esperma BR Brasil” ((16) INSEMINAÇÃO CASEIRA - TENTANTES DOADORES DOAÇÃO DE ESPERMA BR BRASIL | Facebook) possui 31 mil membros.

¹⁴ ROBLES-LESSA, Moyana Mariano; COSTA, Carlos José de Castro; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de. O direito personalíssimo à filiação e os dilemas da inseminação caseira. In: *Inseminação caseira: múltiplas faces*, v. 2. Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral; Patrícia Damasceno Ribeiro; João Carlos de Aquino Almeida (org.) -- Campos dos Goytacazes, RJ : Encontrografia Editora, 2022, p. 127-128.

¹⁵ “Art. 17. (...) § 3º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o filho gerado por meio da reprodução assistida”.

¹⁶ ARAÚJO, Ana Thereza Meireles. Projetos parentais por meio de inseminações caseiras: uma análise bioético-jurídica. In: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 24, p. 101-119, abr./jun. 2020, p. 116.

relação parental no procedimento de autoinseminação, tal como ocorre na reprodução humana assistida heteróloga, seria possível estabelecer este vínculo entre o doador de material genético com a prole oriunda da doação.

Numa primeira perspectiva, o doador, mesmo tendo renunciado por contrato à parentalidade biológica ou aos seus efeitos, deseja, em momento posterior, assumir seu papel de pai diante do núcleo familiar formado por uma mulher sozinha ou casal que idealizou o projeto parental sem a sua presença (do genitor). Neste caso, havendo divergências entre as partes, o referido contrato não tem força de afastar da apreciação do Poder Judiciário o reconhecimento desta filiação biológica, que pode vir a ser promovida a qualquer tempo, posto que ações sobre estado de pessoa são imprescritíveis.

Num segundo cenário, a mulher sozinha ou o casal, hetero ou homoafetivo, também pode mudar de ideia quanto ao afastamento do doador de suas responsabilidades parentais e, assim, promover a ação de investigação de paternidade em nome do filho, enquanto menor, na medida em que a identidade do genitor (doador) é conhecida e o afastamento da parentalidade biológica na autoinseminação não encontra respaldo legal.

E, por fim, é possível que o próprio filho possa intentar, a qualquer tempo, ação de investigação de paternidade em face do doador, em consonância com o princípio do melhor interesse da criança, pois, como explicam Elias José de Almeida, Maria Ester Mendes Moreira Mota e Isabella Christina Oliveira da Silva, “aos pais não é permitido abrir mão tampouco barganhá-lo em nome dos filhos. É um direito que supera até mesmo o desejo de ser pai ou mãe, pois está além da subjetividade desses.¹⁷ Neste sentido, o filho gerado por inseminação caseira que desejar conhecer a sua parentalidade biológica poderá fazê-lo em face do doador ou de seus herdeiros, de modo representado ou assistido, ou ainda exercendo tal direito de forma direta após atingir a maioridade.

Considerações FINAIS

O direito ao livre planejamento familiar consiste em uma forma de expressão da autonomia privada, estreitamente relacionado ao exercício da sexualidade, dos direitos reprodutivos, do direito ao próprio corpo e à saúde, apresentando-se como um componente essencial ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Este direito é consubstanciado na liberdade de escolha do indivíduo ou da entidade familiar no que diz respeito à

¹⁷ ALMEIDA, Elias José de; MOTA, Maria Ester Mendes Moreira; SILVA, Isabella Christina Oliveira da. Investigação oficiosa de paternidade na autoinseminação. In: *Inseminação caseira: múltiplas faces*, v. 2. Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral; Patrícia Damasceno Ribeiro; João Carlos de Aquino Almeida (org.) -- Campos dos Goytacazes, RJ : Encontrografia Editora, 2022, p. 182

concretização de seu projeto parental, sendo vedado qualquer tipo de interferência indevida, de ordem pública ou privada. O seu exercício, contudo, não se configura em um poder absoluto e ilimitado, visto que impõe a responsabilidade individual e social no terreno da parentalidade, como corolário dos princípios da paternidade responsável, da dignidade da pessoa humana dos filhos e do melhor interesse da criança e do adolescente.

A concretização do projeto parental, contudo, pode se mostrar vulnerado diante da ausência de um parceiro, da formação de um núcleo familiar homoafetivo ou em função da infertilidade ou esterilidade de um casal heteroafetivo. Tais “impedimentos”, por sua vez, podem vir a ser suplantados por meio das técnicas de reprodução humana assistida, a partir da manipulação dos gametas sexuais ou do fruto de sua fusão, o embrião, intra ou extracorporeamente, a fim de que se satisfaça o desejo de alcançar a maternidade e/ou a paternidade.

O projeto parental por meio da reprodução humana assistida pode ser materializado a partir da utilização do material biológico do próprio casal que assumirá a parentalidade da criança, fazendo com que o filho gerado porte as informações genéticas dos seus pais, ou mediante o emprego de células sexuais ou embriões de terceiros, situação em que o liame biológico será substituído, no todo ou em parte, pelo ato de vontade consistente na assunção de um projeto parental. Nesta segunda hipótese, o anonimato quanto às informações do doador e da(os) receptora(es) do material genético na reprodução heteróloga permite, portanto, dissociar as figuras do genitor e dos pais.

Acontece que os altos custos do procedimento médico laboratorial, assim como a oferta restrita a casos de infertilidade e com longa espera no Sistema Único de Saúde, faz com que muitas pessoas e casais optem pelo procedimento denominado autoinseminação, consistente na implantação do sêmen de um doador conhecido no corpo da mulher, em um ambiente doméstico, o que pode acarretar sérios riscos à integridade da mulher gestante e da criança assim gerada, em razão da precária manipulação do material genético e sua implantação sem assistência médica adequada.

Além das questões atinentes à saúde e segurança, a autoinseminação abre espaço para a existência de conflitos de parentalidade diante da ausência de anonimato do doador, mesmo quando este, por meio de cláusula contratual, tenha abdicado da sua paternidade biológica, com vistas a isenção de quaisquer responsabilidades futuras com relação ao filho assim gerado.

Isso ocorre porque as normas que estabelecem o vínculo de filiação são normas de ordem pública que não podem ser afastadas por mera vontade das partes, razão pela qual,

uma vez comprovado o liame biológico entre o genitor (doador) e seu filho em ação investigatória de paternidade, por iniciativa do próprio doador, da(os) receptora(es) do material genético ou do filho assim gerado, esta filiação pode constar no registro de nascimento da criança, com a atribuição de todos os efeitos decorrentes desta relação familiar.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Elias José de; MOTA, Maria Ester Mendes Moreira; SILVA, Isabella Christina Oliveira da. Investigação oficiosa de paternidade na autoinseminação. *In: Inseminação caseira: múltiplas faces*, v. 2. Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral; Patrícia Damasceno Ribeiro; João Carlos de Aquino Almeida (org.) -- Campos dos Goytacazes, RJ : Encontrografia Editora, 2022, p. 177-188.

ARAÚJO, Ana Thereza Meireles. Projetos parentais por meio de inseminações caseiras: uma análise bioético-jurídica. *In: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte*, v. 24, p. 101-119, abr./jun. 2020, p. 101-119.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: Constituição (planalto.gov.br). Acesso: 10.08.2023.

BRASIL. Lei nº 9.236, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: L9263 (planalto.gov.br). Acesso: 10/08/2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.048/2009. Disponível em: http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/anexos/anexo_prt2048_03_09_2009.pdf. Acesso: 10/08/2023.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.320/2022. Disponível em: 2320_2022.pdf (cfm.org.br). Acesso: 10/08/2023.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; RIBEIRO, Patrícia Damasceno; ALMEIDA, João Carlos de Aquino; JACOMINO, Thais Aparecida Marques Zanon. Autoinseminação: conceito, contextualização e procedimento. *In: Inseminação caseira: múltiplas faces*, v. 1. Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral; Patrícia Damasceno Ribeiro; João Carlos de Aquino Almeida (org.) -- Campos dos Goytacazes, RJ : Encontrografia Editora, 2022, p. 18-38.

FERNANDES, Tycho Brache. A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito. Aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões. Florianópolis: Diploma legal, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

QUEIROZ, Juliana Fernandes. Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horizonte: DelRey, 2001.

ROBLES-LESSA, Moyana Mariano; COSTA, Carlos José de Castro; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de. O direito personalíssimo à filiação e os dilemas da inseminação caseira. *In: Inseminação caseira: múltiplas faces*, v. 2. Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral; Patrícia Damasceno Ribeiro; João Carlos de Aquino Almeida (org.) -- Campos dos Goytacazes, RJ : Encontrografia Editora, 2022, p. 120-132.

RODRIGUES JR., Walsir Edson; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução humana assistida. *In: Problemas da família no direito.* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antonio Carlos Mathias; OLIVEIRA E TELLES, Marília Campos. Belo Horizonte: Delrey, 2012.

SARTORI, Giana Lisa Zanardo. Reprodução humana assistida: um direito fundamental? Curitiba: Appris, 2015.

SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. Parentalidade, dilemas singulares, dilemas coletivos: planejar o controle ou controlar o planejamento? *In: Parentalidade: análise psicojurídica.* SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de (coord.). Curitiba: Juruá, 2009, p. 13-30.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n° 21, 1979, p. 400. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>. Acesso 10/08/2023.

Planejamento Sucessório em Empresas Familiares Rurais: Holding e Governança Corporativa e Familiar

Succession planning in rural family businesses: holding company and family governance

Patrícia Machado Iserhardt¹

Sumário: 1. Empresa e empresário rural; 2. Empresa familiar; 3. Planejamento sucessório em empresas familiares rurais; 4. Holdings familiares; 5. Profissionalização das empresas familiares no agronegócio: governança corporativa e familiar; Considerações Finais.

Resumo: O objetivo deste artigo é trazer reflexões iniciais sobre a implementação de governança em empresas familiares rurais, em decorrência do planejamento sucessório com holding familiar, onde aliar sucessão hereditária a sucessão geracional, através do planejamento patrimonial e sucessório, gera impacto positivo para a perpetuação das empresas familiares rurais. O estudo se caracteriza como qualitativo, exploratório e de revisão. Independente do país, o que as pesquisas destacam é que no setor do agronegócio, principalmente produtores rurais, têm muita dificuldade em aceitar deixar a gestão da propriedade, eles possuem o sentimento de pertencer e ser útil a sociedade. O planejamento sucessório visa a utilização de estratégias jurídicas para a organização do patrimônio, antecipando-se as regras de sucessão hereditária e possibilitando a organização da gestão da empresa, ou seja, a sucessão geracional, permitindo a continuidade das empresas familiares rurais. Há imensa necessidade em discutir a sucessão no agronegócio, unindo temas de grande importância como a sucessão geracional sendo planejada conjuntamente a sucessão hereditária, ou seja, com o planejamento sucessório e utilização de estratégias jurídicas legais para organização do patrimônio, antecipando-se às regras de sucessão hereditária e facilitando a introdução da sucessão geracional. Pesquisas que unem todas as áreas que permeiam a atuação do produtor rural, um dos principais atores do agronegócio, trazem significativa contribuição científica para o setor.

Palavras-chave: Planejamento sucessório; Holding; Rural; Governança; Protocolo familiar.

Abstract: The objective of this article is to bring initial reflections on the implementation of governance in rural family businesses, as a result of succession planning with a family holding company, where combining hereditary succession with generational succession, through estate and succession planning, generates a positive impact for the perpetuation of companies. rural families. The study is characterized as qualitative, exploratory and review. Regardless of the country, what research highlight is that in the agribusiness sector, mainly rural producers, they have a lot of difficulty accepting to leave the management of the property, they have the feeling of belonging and being useful to society. Succession planning aims at using legal strategies for the organization of assets, anticipating the rules of hereditary succession, and enabling the organization of company management, that is, generational succession, allowing the continuity of rural family businesses. There is an immense need to discuss succession in agribusiness, uniting topics of great importance such as generational succession being planned jointly with hereditary succession, that is, with succession planning and the use of legal strategies for the organization of assets, anticipating the rules of hereditary succession and facilitating the introduction of generational succession. Research that brings together all the areas that permeate the work of the rural producer, one of the main actors in agribusiness, brings a significant scientific contribution to the sector.

¹ Mestranda em Agronegócios pela UFSM, Brasil – Especialista em Direito Empresarial e do Agronegócio – UNIFRA, Brasil. E-mail: pmiadvocacia@hotmail.com

Keywords: Succession planning; Holding; Rural; Governance; Family protocol.

1. Empresa e Empresário Rural

No Brasil, a Lei n.º. 4.504/1964, conhecida como Estatuto da Terra, trouxe importantes conceitos para a atividade rural, dentre eles o de empresário rural, em seu artigo 4º, inciso VI², consiste no empreendimento de pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que explore econômica e racionalmente imóvel rural, em busca de rendimento (BRASIL, 1964).

Entretanto, no ano seguinte foi promulgado o Decreto 55891/65, que no seu artigo 25³, buscou detalhar algumas exigências para a caracterização, procurando vincular a empresa rural ao imóvel, exigindo determinado grau de utilização e de eficiência da atividade, adoção de práticas conservacionistas, emprego mínimo de tecnologia e manutenção de condições de administração (BRASIL, 1965).

Esta normativa há muitos anos promulgada, sofreu mudanças com o advento do Código Civil de 2002, que adotou a teoria da empresa e separou empresários de não-empresários. A partir de então, considera-se empresa a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, ou seja, atividade econômica, organizada e profissional (BRASIL, 2002; COELHO, 2012; NEGRÃO, 2022).

O Código Civil, criou, ainda, a figura do empresário rural, em seu artigo 971⁴, sendo aquele cuja atividade rural constitua sua principal profissão poderá se inscrever no registro competente e ficará equiparado ao empresário sujeito a registro e o artigo 984⁵, delega igual faculdade à sociedade que desempenhe atividade rural (BRASIL, 2002).

² VI - "Empresa Rural" é o empreendimento de pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que explore econômica e racionalmente imóvel rural, dentro de condição de rendimento econômico da região em que se situe e que explore área mínima agricultável do imóvel segundo padrões fixados, pública e previamente, pelo Poder Executivo. Para esse fim, equiparam-se às áreas cultivadas, as pastagens, as matas naturais e artificiais e as áreas ocupadas com benfeitorias;

³ Art. 25 O imóvel rural será classificado como empresa rural, na forma de inciso III do art. 5º desde que sua exploração esteja sendo realizada em obediência às seguintes exigências e de acordo com as normas estabelecidas na Instrução referida no § 3º do art. 14: I - que a área utilizada nas várias explorações represente porcentagem igual ou superior a 50% da sua área agricultável, equiparando-se, para esse fim, às áreas cultivadas, as pastagens, as matas naturais e artificiais e as áreas ocupadas com benfeitorias; II - que obtenha rendimento médio, nas várias atividades de exploração, igual ou superior aos mínimos fixados em tabela própria, periodicamente revista e amplamente divulgada; III - que adote práticas conservacionistas e que empregue no mínimo a tecnologia de uso corrente nas zonas em que se situe; IV - que mantenha as condições de administração e as formas de exploração social estabelecidas como mínimas para cada região.

⁴ Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

⁵ Art. 984. A sociedade que tenha por objeto o exercício de atividade própria de empresário rural e seja constituída, ou transformada, de acordo com um dos tipos de sociedade empresária, pode, com as formalidades

Este entendimento não se encaixa para as propriedades familiares, sendo que esta englobaria apenas a produção para fins de subsistência, assim sendo, se a produção rural se destinar somente ao núcleo familiar, sem acessar ao mercado, esta atividade não se enquadra como empresa por falta de economicidade (DOS SANTOS, 2021).

Seguindo este raciocínio, empresário rural é considerado pessoa física ou jurídica, que exerce profissionalmente atividade organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços e que se beneficia da atividade rural (BRASIL, 2002; MARION, 2021; GOMES, LOPES, 2022).

2. Empresa Familiar

Diversos são os conceitos utilizados, a definição mais usual é a que define empresa familiar como aquelas que são administradas pelos pais, filhos, tios, primos, ou já houve uma sucessão na titularidade da empresa e a chegada dos herdeiros teria o condão de transformar a empresa em familiar (MAMEDE, 2014).

A classificação para compreender empresa familiar, pode ser vista como aquela que, na prática, é controlada pelos integrantes de uma única família, nasce da iniciativa do fundador, se desenvolve no decorrer do tempo e acrescenta a ela novos membros de sua família em cargos estratégicos, gerenciais e administrativos, ou seja, se perpetua no tempo com as novas gerações (STAUDT, 2006; LACHINI, 2015; KIRÁLY, 2021).

Casillas, Vásquez e Diaz (2021), afirmam que empresas familiares necessitam ter três aspectos: a propriedade, o poder que a família exerce sobre a empresa e a intenção de transferir a empresa para as futuras gerações (MARQUES e RODRIGUES, 2013). Os estudos norteadores quanto a empresas familiares definem que é necessário possuir detenção de capital familiar, responsabilidade pela gestão e visar a continuidade da empresa pela sucessão (LISBOA, 2018).

Empresas familiares são dotadas de características específicas, tais como o poder de decisão é da família, principalmente pelo fundador, recursos econômicos provém da família, a composição societária, na maioria das vezes, é composta por membros da família, tem como principal fim, o lucro de cada um de seus membros, como vinculação direta e como utilidade da sociedade (MADALENO, 2020).

do art. 968, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da sua sede, caso em que, depois de inscrita, ficará equiparada, para todos os efeitos, à sociedade empresária. Parágrafo único. Embora já constituída a sociedade segundo um daqueles tipos, o pedido de inscrição se subordina, no que for aplicável, às normas que regem a transformação.

Segundo o autor, as empresas familiares se diferenciam de uma empresa comum pela marca registrada de gestão do fundador, que se baseia em valores, como confiança, respeito e dignidade. Possuem diferentes estruturas de organização, podendo ser doméstica de pequeno porte, tradicional quando pertencem a poucas pessoas, embora a diretoria seja constituída por membros da família e as de médio e grande porte, com cargos de direção preenchidos por familiares e não familiares (MADALENO, 2020).

Para Tagiuri e Davis (1996), as empresas familiares possuem três subsistemas independentes, que podem se sobrepor: família, propriedade e gestão. Estes explicam as relações família-empresa, onde dois ou mais indivíduos são simultaneamente membros da família proprietária, proprietários e administradores, sendo que as empresas familiares têm atributos únicos sendo benéficos e desvantajosos, podendo levar ao sucesso ou ao fracasso, afetando tanto o negócio quanto a família (TAGIURI, DAVIS, 1996; LISBOA, 2018).

Através desta didática, se pode conceituar empresa familiar como aquela cuja propriedade é controlada por uma família, onde dois ou mais membros influenciam significativamente a direção e as políticas da empresa, por meio de seus cargos de gestão, direitos de propriedade ou papéis familiares (DAVIS, 2018). O desenvolvimento do conceito de empresa familiar ganhou maiores contribuições a partir do conceito proposto por John A. Davis e Renato Tagiuri, denominado Modelo dos Três Círculos da Empresa Familiar (TAGIURI E DAVIS, 1996).

O modelo proposto traduz a empresa familiar como composta por três diferentes e independentes subsistemas, mas sobrepostos: empresa/gestão, propriedade e família, pelo que qualquer ente pode fazer parte de um dos 7 setores formado pelos círculos superpostos dos subsistemas, onde alguns estarão em mais de um setor e outros apenas em um (TAGIURI e DAVIS, 1996). No caso de empresas familiares rurais, ou seja, propriedades rurais com finalidade de agricultura ou pecuária que são coordenadas por famílias, a situação mais simples é representada pelas células familiares mais elementares, quando a relação entre família e a empresa ainda está na primeira geração, sendo o fundador o pai, mãe ou casal e a sucessão se faz para os filhos.

Em estudo sobre sucessão nas empresas familiares realizado na região de Leiria, Portugal, Lisboa (2018) obteve como resultado de uma amostra de 456 empresas familiares, onde a maioria das empresas estudadas se encontra na geração do fundador, normalmente existem um a dois gestores familiares, sendo que quando a empresa passa para a terceira geração e seguintes, o número de gestores familiares tende a aumentar, a gestão realizada por pessoas que não são parte da família é pequena e existe em empresas mais profissionais. A

autora constatou que mais de metade das empresas familiares não tem um plano de sucessão, em contrapartida 45% das empresas estudadas já possui um plano de sucessão (LISBOA, 2018).

Outrossim, a autora ressalta que a sucessão é um marco extremamente importante nas empresas familiares, sendo que cada pico de mudança gera enorme instabilidade para a continuidade das empresas, porém em contrapartida gera oportunidade de crescimento, ressaltando que este processo deve ser planejado (LISBOA, 2018).

A complexidade da sucessão é originada da responsabilidade que é colocada no futuro herdeiro para se tornar sucessor, com a continuidade tanto da empresa familiar, quanto do legado a ser carregado, havendo a necessidade de analisar aspectos objetivos e materiais e os subjetivos e simbólicos que as empresas familiares carregam (VOLTA, BORGES e CAPELLE, 2021). No Brasil, 70% de todas as propriedades rurais possuem base familiar (IBGE, 2020; ANDREATTA, et al. 2020; TEIXEIRA, 2021). O que torna extremamente importante o estudo quanto ao planejamento sucessório em empresas familiares rurais.

3. Planejamento Sucessório em Empresas Familiares Rurais

O planejamento sucessório visa a utilização de estratégias jurídicas para a organização do patrimônio, antecipando-se as regras de sucessão hereditária e possibilitando a introdução da sucessão geracional, o que permite a continuidade das empresas familiares rurais, sendo que o processo sucessório gera perdas infinitas e ocasiona diversos conflitos entre os herdeiros se não organizado (MADALENO, 2020; TEIXEIRA, 2020; ROSA, 2023).

No caso de empresas familiares rurais, ou seja, propriedades rurais com finalidade de agricultura ou pecuária que são coordenadas por famílias, a situação mais simples é representada pelas células familiares elementares, quando a relação entre família e a empresa ainda está na primeira geração, sendo o fundador o pai, mãe ou casal e a sucessão se faz para os filhos. No Brasil, 70% de todas as propriedades rurais possuem base familiar (IBGE, 2020; ANDREATTA, et al. 2020; TEIXEIRA, 2021).

Os números de empresas que conseguem efetivamente fazer a transição de uma geração para outra são extremamente baixos, a cada 100 empresas, apenas 30% delas irão chegar à segunda geração, apenas 13% chegam à terceira geração e 65% dessas empresas tem o fim baseado em conflitos entre os familiares para realizar a sucessão (MAMEDE, 2014), e neste ponto pode-se visualizar a importância do planejamento sucessório para as empresas familiares rurais (OLIVEIRA, MAIRINK, MACHADO, 2015).

Em se tratando do rural, a transição dos estabelecimentos familiares da geração dos pais para os filhos é prejudicada por diversos fatores. No Rio Grande do Sul, as pesquisas que tratam de compreender os motivos que levam os jovens a deixar o campo citam os fatores estruturais da propriedade e da família, geração de renda, ausência de motivação familiar, desvalorização dos atores que vivem no campo, falta de apoio governamental, baixas opções de escolarização e principalmente uma “crise de expectativas” quanto às possibilidades de os filhos permanecerem no meio rural (SPANEVELLO, 2008; MOREIRA, 2018; BREITENBACH, CORAZZA E DEBASTIANI, 2021). Amorim (2020), da mesma forma, coloca que os principais fatores decisórios para a ocorrência da migração são a infraestrutura da propriedade, escolaridade, acesso à tecnologia, renda, incentivo e autonomia na tomada de decisão.

Pesquisas mais recentes demonstram que a maioria dos jovens não continua no campo, em alguns casos o negócio familiar rural se encerra após o falecimento de seu fundador, isso se deve em grande parte, pela falta de um planejamento personalizado para as necessidades de cada empresa familiar rural, que abrange diversas linhas de frente, incluindo procedimentos nas áreas cíveis, tributárias, administrativas e de relacionamento entre os indivíduos da família (MAMEDE, 2014; ARAÚJO, 2018; NEVARES, 2019; BREITENBACH, CORAZZA E DEBASTIANI, 2021; ROSA, 2022).

Quando a passagem dos negócios, da gestão e dos bens acontece nos estabelecimentos rurais temos dois processos a considerar: a sucessão geracional e a sucessão hereditária. O processo de passagem da gestão entre as gerações é conhecido como sucessão geracional. Segundo Spanevello (2008), a sucessão geracional pode ser entendida pela transferência do controle ou gerenciamento sobre o uso do patrimônio familiar dos pais para os filhos, ou seja, o legado passado para as próximas gerações (SPANEVELLO, 2008).

De modo geral, a sucessão de um estabelecimento rural, é um processo formado por três componentes: a transferência patrimonial, a continuação da atividade profissional familiar e a retirada das gerações mais velhas do comando do negócio (GASSON; ERRINGTON, 1993; ABRAMOVAY, 1998). A sucessão hereditária prevista pela legislação, depende de fatores que estão à frente das instituições sociais e que são esteio de conservação da coletividade, principalmente família e a propriedade. Representam a transmissão dos bens do falecido aos seus herdeiros e é denominada herança, que compreende bens de qualquer natureza e valor econômico, bem como as dívidas e todo passivo deixado pelo autor da herança (MADALENO, 2020).

De acordo com o trabalho de Spanevello et al. (2014), é comum ver nos estabelecimentos, as famílias lançando mão de distintos arranjos para garantir a presença dos filhos no papel de sucessores. São estratégias simbólicas que passam pela motivação ao trabalho agrícola e ao viver no rural até mesmo as estratégias materiais como compra de bens em nome dos filhos, terras, investimento em modernização da atividade, entre outros.

4. Holdings familiares

A transferência da fazenda trata tanto da propriedade em si quanto a bens mais intangíveis, como o capital, os conhecimentos dos antecessores e valores emocionais, estes itens fazem parte de uma teia de relacionamentos que une as gerações (KENNEDY, 1991; BOURDIEU, 2007). Raramente a sucessão é discutida em negócios rurais e a falta de diálogo e incerteza quanto à escolha dos herdeiros/sucessores geram falhas de comunicação. Conway et al. (2017), relata que sucessão e aposentadoria caminham lado a lado e surgem novos modelos de negócios rurais que permitem que a geração mais velha continue contribuindo e compartilhando seu conhecimento com a geração mais nova e inovadora (RECH, 2021).

A entrada das novas gerações para a empresa familiar rural renova as chances de continuidade da atividade na família, traz mais competitividade ao mercado e tecnologia ao campo. A sucessão deve estar ligada a um fator positivo e não com a invalidez do gestor(a), os aspectos culturais em torno da sucessão vão dando margem para a inserção do planejamento sucessório.

Brizola, et al. (2020), no artigo “Sucessão familiar em propriedades rurais”, estudo realizado no município de Alegria, no Rio Grande do Sul, pela visão dos gestores 44,44% não pensaram como ocorrerá a sucessão na propriedade, 33,33% definiram quem assumirá e 11,11% decidiram pela venda da propriedade pela falta de sucessão, espanta o percentual de 5,56% que está preparando o filho para ser seu sucessor. Pelo olhar dos filhos, 36,36% desejam morar e trabalhar na cidade, enquanto 22,79% desejam continuar no campo, entre as maiores dificuldades os jovens citaram a própria família ou o gestor da propriedade aceitar ideias e opiniões, as condições financeiras que não favorecem a atividade agrícola e a pouca mão de obra quando necessitam.

Tolotti, Kruger e Petri (2018) demonstraram resultados quanto à sucessão rural em entidades rurais de Santa Catarina, importando em demonstração das fragilidades do processo de sucessão familiar, mesmo quando há interesse quanto à permanência dos herdeiros. Os dados encontrados comprovam as expectativas da pesquisa, pois 43,41% dizem não influenciar os filhos quanto a permanência na propriedade, 54,14% conversam

sobre o processo de sucessão familiar, 40,88% desejam que os filhos permaneçam, porém, em contrapartida 34,35% não pensaram sobre quando será a sucessão, 27,07% será quando o pai adoecer e somente 25,97% dizem que será quando o sucessor estiver preparado para assumir a gestão (TOLOTTI, KRUGER, PETRI, 2018).

Pessotto et al. (2019), em estudo realizado no noroeste do Rio Grande do Sul, com 213 proprietários e 176 potenciais sucessores de empresas familiares rurais, detectaram que as estratégias de longo prazo, investimento em maquinário aumenta a probabilidade de sucessão nas empresas familiares rurais, porém há necessidade de discussão quanto a realização de planejamento da sucessão, pois quando a sucessão ocorre na falta do proprietário tem grandes chances de insucesso. Os autores relatam que com base nas respostas, a probabilidade associada ao planejamento de longo prazo e à sucessão intergeracional foi baixa entre os participantes, sendo que menos da metade dos entrevistados não estavam interessados com a sucessão dentro das empresas familiares rurais (PESSOTTO et al. 2019).

Nas incertezas que envolvem a sucessão, surgiram modelos de negócios que permitem que a sucessão geracional seja realizada conjuntamente a estratégias de planejamento de sucessão hereditária. As famílias procurando reduzir a complexidade administrativa, evitar disputas acirradas em inventários e realizar a transmissão do patrimônio de forma mais simplificada constituem sociedades empresariais, as chamadas *holdings* (TEIXEIRA, FLEISCHMANN, 2022).

A expressão *holding* é adotada para qualificar uma empresa que controla o patrimônio de uma ou mais pessoas físicas, ou seja, as pessoas físicas integralizam seus bens dentro de uma pessoa jurídica e passam a possuir esses bens por intermédio da pessoa jurídica, que controla o patrimônio (MAMEDE, 2014).

O termo *holding* deriva de *to hold*, traduzido livremente como “segurar, deter, controlar ou sustentar”. Em nosso país a previsão legal para empresas que tem como objetivo participar do capital social de outras sociedades empresárias, está na Lei das Sociedades por ações, nº. 6.404 de 1976, especificamente em seu artigo 2º. A holding não pode ser considerada um tipo societário, mas sim o objeto, a atividade da empresa (BRASIL, 1976; ARAUJO, 2018).

⁶ Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes. § 1º Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio. § 2º O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo. § 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais

A holding familiar não é um tipo específico, mas uma contextualização, sua característica marcante está em se enquadrar nas famílias e servir ao planejamento desenvolvido pelos membros para organização do patrimônio, administração dos bens, otimização fiscal e planejamento da sucessão hereditária (MAMEDE, 2015).

A *holding* familiar é uma sociedade como qualquer outra, que pode ser constituída na forma de sociedade limitada, sociedade por ações, ou ainda, na forma de EIRELI - empresa individual de responsabilidade limitada. Após integralizado o capital social, os sócios ou acionistas passam a deter apenas as quotas sociais ou ações, enquanto os bens passam a ser de propriedade da sociedade. A forma mais recomendada para a constituição de holding familiar rural acaba por ser a sociedade limitada, tendo em vista a simplicidade e custos, ainda, por não permitir que terceiros ingressem na sociedade, já a constituição por forma de Eireli não é indicada por poder conter apenas um membro da família (ARAÚJO, 2017).

A utilização de *holding* familiar como forma de planejamento sucessório se destaca pelo motivo de o titular do patrimônio ter condições de estipular suas vontades por meio do contrato social ou acordo de acionistas, a depender do tipo de sociedade constituída, atende questões de ordem social e pessoal. A holding aliada a outros documentos pode suprir necessidades humanas com soluções legais e principalmente facilita a sucessão hereditária sem a necessidade de se aguardar a demorada tramitação de processo de inventário (DINIZ, 2022).

Com a constituição das *holdings* familiares, em vez dos membros da família serem proprietários de cada bem individualmente, os familiares serão sócios da sociedade, e esta será a real proprietária dos bens, onde o contrato social, ou estatuto, estabelecerá as regras para a administração de todo o patrimônio alocado na holding (ARAÚJO, 2018). Este arranjo jurídico é extremamente vantajoso para o planejamento sucessório, pois o titular do patrimônio pode promover a antecipação da legítima doando aos herdeiros as quotas sociais ou ações da empresa, podendo ainda, continuar na administração da empresa familiar rural. Se bem planejada e estruturada esta estratégia pode facilitar o processo sucessório, evitando desgastes emocionais, torna o processo de sucessão mais célere e a continuidade da empresa familiar rural (ARAÚJO, 2018; SANTOS, 2021).

Propriedades rurais com maior envolvimento econômico, de médio e grande porte, tem necessidade reduzida de os sucessores procurarem emprego fora da empresa familiar, pois são mais atrativas economicamente e possuem condições de sustentar os membros da família (OOSTINDIE, 2018). Conway et al. 2017, destaca que esse modelo traz resultado financeiro para a produção e maior valor agregado na produção tornando a propriedade rural

mais competitiva, o que possibilita o processo de sucessão familiar, sendo que engloba a cooperação entre as gerações, agrupamento de habilidades, trabalho e conhecimento, contudo, em contrapartida há necessidade de administrar as questões emocionais da família.

A *holding* traz para a empresa familiar o caráter empresarial e dá aos sucessores ferramentas gerenciais para a administração desta empresa a céu aberto (CHISWELL, 2014), e aqui faz sentido se falar em profissionalização das empresas familiares rurais com a implementação da governança corporativa e familiar, sendo que esta é o sistema pelo qual as empresas são dirigidas e monitoradas (VELOSO, 2012).

A implementação de governança corporativa e familiar visa garantir que os interesses dos familiares sejam conciliados com os objetivos da empresa e estabelece regras para que família, empresa e propriedade convivam em harmonia e transparência. O modelo dos Três círculos proposto por Tiagiuri e Davis (1996), traduz a empresa familiar como composta por três diferentes e independentes subsistemas, mas sobrepostos: empresa/gestão, propriedade e família, pelo que qualquer ente pode fazer parte de um dos 7 setores formado pelos círculos superpostos dos subsistemas.

A partir desta organização se pode implementar as estruturas da governança com conselhos de família, conselhos societários e conselhos de administração. A profissionalização da empresa familiar pode ser uma das formas mais efetivas do planejamento sucessório, pois pode dirimir diversos conflitos (VELOSO, 2012).

5. Profissionalização das Empresas Familiares no Agronegócio: Governança Corporativa e Familiar

Dentre os estudos, se vislumbra que os indivíduos estão tomando ciência da necessidade de planejamento para a continuidade das empresas familiares rurais, porém há necessidade de que este processo aconteça com profissionalismo e aqui contamos com a governança corporativa e familiar, que possui foco em boas práticas na gestão das empresas, podendo ser aplicadas em qualquer tipo de empreendimento (ALVARES, 2003).

A governança corporativa pode ser entendida como aquela que trata da justiça, transparência e responsabilidade das empresas no trato com seus atores sociais e tem como objetivos a criação e operacionalização de um conjunto de mecanismos que se proponham a fazer com que as decisões sejam tomadas de forma a otimizar o desempenho de longo prazo das empresas (LUZ, FREITAS, 2013).

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBCG (2016), indica como princípios básicos a Transparência, seguido pela Equidade, Prestação de Contas e

Responsabilidade Corporativa e de forma mais específica quanto as empresas familiares lista como desafios a união, renovação e o processo sucessório (IBCG, 2016).

Para Longenecker et-al (2007) a gestão profissional da empresa é essencial para o seu desenvolvimento. É necessário separar os interesses da família com os interesses da empresa, dessa forma a empresa pode crescer e continuar no mercado. Pois, esses interesses diferentes podem causar conflitos já que os relacionamentos entre famílias dentro de uma empresa são mais delicados, fazendo com que dessa forma a maioria leve para o lado pessoal.

O IBCG (2016), ressalta que em empresas familiares existem questões que estão acima da governança corporativa, aquelas que estão relacionadas a família empresaria, a sua evolução, relações pessoais, ampliação e interação com o negócio, o que tem como consequência a necessidade de implementação além da governança corporativa a governança familiar.

A governança familiar atua no âmbito da família, abordando a relação desta com seus membros, com a propriedade, com a empresa e com partes interessadas, para isso se utiliza do conjunto integrado de princípios orientadores, fóruns, normas e serviços destinados a alinhar os membros da família, fomentar mais sintonia e mais atuações pautadas numa visão de longo prazo e na perpetuação do legado de valores e do patrimônio econômico-social (IBGC, 2016).

Alcantara e Machado Filho (2014), em estudo realizado com empresas familiares rurais constataram 3 principais motivações para continuidade do empreendimento familiar; 1) relação afetiva entre os familiares e a empresa; 2) o patrimônio constituir reserva de capital para a família; 3) alternativa profissional para os integrantes da família. Em contrapartida, os autores identificaram desafios foram a falta de motivação das gerações mais novas e implementação de estruturas de governança.

A governança possui importante papel nas empresas familiares rurais, a implementação coloca um ponto de equilíbrio entre o racional e emocional envolvidas no processo decisório dos envolvidos. As estruturas da Governança Familiar nunca serão iguais em todas as famílias, o processo de implementação pode levar meses ou anos, para iniciar este processo a empresa familiar pode formar um conselho de familiares e sócios, de caráter informativo e consultivo, respondendo pelo direcionamento estratégico, formação de Family office, assembleia de sócios, comitê de sócios, conselho de administração e diretoria executiva (IBCG, 2016).

O maior percentual de dissolução de empresas familiares está baseado em conflitos entre a família, o gestor a frente da empresa deve lançar instrumentos e ferramentas para estruturação da empresa, esta estruturação pode ser chamada de protocolo familiar, que representa o primeiro passo da família para o sucesso da empresa, neste documento serão colocadas as normas, princípios e valores que a empresa possui diante dos negócios e a forma como a empresa será conduzida entre os familiares (IBCG, 2016; CASILAS E VAZQUEZ, 2007)

Considerações Finais

Com as mudanças ocorridas nas famílias, muitas após a pandemia de covid-19, em uma sociedade globalizada e conectada, muitos acontecimentos estão despertando o olhar da sociedade para o direito das sucessões, com um acompanhamento das famílias para o planejamento sucessório.

As empresas familiares estão em crescente demanda pela autonomia no direito sucessório, pelo que se percebe que o planejamento sucessório traz autonomia para atender aos anseios sociais, onde a criação de holdings para concentração de patrimônios das famílias parece ser tendência em grande parte pela facilidade de profissionalização com as regras de gestão.

Parte-se da premissa de que o planejamento sucessório é promissor para as empresas familiares rurais, pois as pessoas estão se dando conta que ninguém melhor que elas mesmas, que conhecem a família e o patrimônio para decidirem o destino de seus bens, evitando que a empresa se desfaça com o passar do tempo e das gerações, porém, é necessário que a empresa familiar esteja extremamente organizada com governança.

É crescente o número de empresas familiares brasileiras de grande porte que já praticam governança corporativa e familiar. É importante que empresas familiares de médio ou pequeno porte possam fazer o mesmo e vencer o desafio da longevidade, de forma organizada e se valendo de mecanismos de governança, colocando um ponto de equilíbrio entre o racional e emocional das empresas familiares rurais.

Referências Bibliográficas

ALCÂNTARA, N. de B.; MACHADO FILHO, C. A. P. O processo de sucessão no controle de empresas rurais brasileiras: um estudo multicase. *Organizações Rurais & Agroindustriais*, [S. l.], v. 16, n. 1, 2014. Disponível em: <http://www.revista.dae.ufla.br/index.php/ora/article/view/789>. Acesso em: 28 maio. 2023.

ÁLVARES, Elismar (Org.). *Governando a Empresa Familiar*. Rio de Janeiro, RJ: Qualitymark, 2003. 160 p.

ANDREATTA, T.; ROSA, J M da.; CAMARA, S.M; MARTINS, S. P; SPANEVELLO, R. M.; LAGO, A. A sucessão geracional segundo perspectivas paternas: Um estudo de caso em propriedades rurais no Município de Condor (RS). *Research, Society and Development*. v. 9, n. 9, 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/Patr%C3%ADcia/Downloads/A_sucessao_geracional_segundo_perspectiv.pdf>. Acesso em: 29 setembro 2022.

ARAÚJO, D. A. *Planejamento tributário aplicado aos instrumentos sucessórios*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

BRASIL. Lei nº. 4.504 de 30 de novembro de 1964. *Regulamenta o Capítulo I do Título I e a Seção III do Capítulo IV do Título II da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964 - Estatuto da Terra*. Brasília: Presidência da República, 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D55891.htm. Acesso em 05 janeiro 2023.

BRASIL. Decreto nº. 55.891 de 31 de março de 1965. *Dispõe sobre o Estatuto da Terra e dá outras providências*. Brasília: Presidência da República, 1964. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14504.htm. Acesso em 05 janeiro 2023.

BRASIL. Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976. *Dispõe sobre as Sociedades por ações*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm. Acesso em: 05 janeiro 2023.

BRASIL. *Instrução Especial Incra Nº 20. 1980*. Disponível em: https://www.gov.br/incra/pt-br/centrais-de-conteudos/legislacao/ie20_1980.pdf. Acesso em: 29 setembro 2022.

BRASIL. Lei nº 8.629 de 25 de fevereiro de 1993. *Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18629.htm. Acesso em: 05 janeiro 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 05 janeiro 2023.

BORDIEU, P. *As contradições da herança*. In A. M. Nogueira & A. Catani, (Orgs.), *Escritos da educação*, 9. ed. P. 229-237, 2007. Petrópolis: Vozes. Disponível em: <https://nepegeo.paginas.ufsc.br/files/2018/06/BOURDIEU-Pierre.-Escritos-de-educ%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 20 dezembro 2022.

BRIZOLLA, M.M.B, NETO, A.C., KRAWSZUK, G.L., BERLEZI, M. Sucessão familiar em propriedades rurais. *Research, Society and Development*, v.9, n. 10, e9169109408, 2020. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/9408/8359>. Acesso em: 02 novembro 2022.

CASILLAS BUENO, J. C; DÍAZ F., C; VÁZQUEZ SÁNCHEZ, A.

Gestão da empresa familiar: conceitos, casos e soluções. São Paulo: Thomson, 2007. 270p

CASILLAS, J. C; ALAYO, M; ACEDO, F. J. International Behavior of Family Businesses: New Insights After 30 Years of Research. *European Journal of Family Business*, v. 11, n. 2, 2021. Doi <https://doi.org/10.24310/ejfbefb.v11i2.13840>. Disponível em: <https://revistas.uma.es/index.php/ejfb/article/view/13840>. Acesso em: 15 novembro 2022.

CHAMPAGNE, P. La reproduction de l'identité. *Actes de la Recherche en Sciences*

Sociales, Paris, v. 65, 1986a.

CONWAY, S. F; MCDONAGH, J; FARREL, M; KINSELLA, A. Uncovering obstacles: The exercise of symbolic power in the complex arena of intergenerational family farm transfer. *Journal of Rural Studies*, v. 54, p. 60-75, 2017. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0743016717301547?via%3Dihub>. Acesso em: 05 janeiro 2023.

DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 36. Ed. v.6. 2022. E-book.

DOS SANTOS, A. G. *Holding Rural: aspectos societários do planejamento patrimonial no agronegócio*. Londrina, PR: Thoth, 2022.

GASSON, R; CROW, G, ERRINGTON, A; HUTSON, J; MARSDEN, T; WINTER, D.M. The farm as a family business: a review. *Journal of Agricultural Economics*. v. 39, n. 1. 1988. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1477-9552.1988.tb00560.x>. Acesso em: 11 de novembro 2022.

IBCG - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Sucessão em Empresas*. São Paulo, SP: Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC, 2016. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Paginas/Publicacao.aspx?PubId=22057>.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. *Censo Demográfico 2010*. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/resultados.html>. Acesso em: 09 janeiro 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. *Censo Agropecuário 2017*. Disponível em: <https://censos.ibge.gov.br/agro/2017/> Acesso em: 09 janeiro 2021.

KIRALY, R. *Planejamento sucessório: uma análise da tomada da decisão de (não) planejar*. 2021.117 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2021.

LISBOA, I. Sucessão nas empresas familiares e o impacto no endividamento. Evidência para as PME da região de Leiria. *Revista de Gestão dos Países de Língua Portuguesa*, v. 17, n. 2, p24-42, 2018. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/5680/568060413003/html/>. Acesso em: 05 janeiro 2023.

Luz, G. B., & Freitas, E. C. de. (2013). A Importância de profissionalizar a gestão da Empresa Familiar para Sucessão. *Revista Gestão E Desenvolvimento*, 10(1). <https://doi.org/10.25112/rgd.v10i1.1027>. Disponível em: <https://periodicos.feevale.br/seer/index.php/revistagestaoedesenvolvimento/article/view/1027>. Acesso em: 26 Mai 2023

MADALENO, R. *Sucessão legítima*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MAMEDE, G. *Empresas familiares: o papel do advogado na administração, sucessão e prevenção de conflitos entre sócios*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAMEDE, G. *Blindagem patrimonial e planejamento jurídico*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E.M. *Técnicas de pesquisa*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MARION, J. C. *Contabilidade Rural: Agrícola, pecuária e imposto de renda*. 15. ed. Atlas. 2021. E-book.

NEVARES, A.L.M. *Perspectivas para o planejamento sucessório*. In: TEIXEIRA, D.C (COORD.). *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. 2. ed. P. 47-61. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

- RECH, L.R; BINOTTO, E., CREMON, T., BUNSIT, T. What are the options for farm succession? Models for farm business continuity. *Journal of Rural Studies*, v. 88, 2021, p. 272-278, ISSN 0743-0167. <https://doi.org/10.1016/j.jrurstud.2021.09.022>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0743016721002862>. Acesso em: 06 novembro 2022.
- ROSA, C.P. *Planejamento Sucessório: teoria e prática*. 1. ed. São Paulo: Editora JusPodivm. 2022.
- ROSA, C.P. *Planejamento Sucessório: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm. 2023.
- SPANVELLO, R. M. *A dinâmica sucessória a agricultura familiar*. 2008. 236 p. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Rural) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2008.
- TAGIURI, R; DAVIS, J. A. On the goals of successful family companies. *Family Business Review*, v. 9, n. 2, 1996. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1111/j.1741-6248.1992.00043.x>. Acesso em 05 janeiro 2023.
- TEIXEIRA, A.C; FLEISCHMANN, S.T. Futuros possíveis para o planejamento sucessório. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 29, p.101-120, 2021. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/772/481>. Acesso em: 04 janeiro 2023.
- VELOSO, S.P. *Governança Corporativa e empresas familiares em processo sucessório: a visão de consultores e de famílias empresárias*. 2012. 137p. Dissertação de Mestrado - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2012.

Dano Punitivo como Substituto do Dano Moral nas Lides Consumeristas.

Paulo André Pedroza de Lima¹

Sumário: 1. Introdução; 2. A banalização do dano moral no judiciário brasileiro; 3. Danos punitivos; 4. Proposta para aplicar o dano punitivo no setor aéreo; 5. Conclusão

Resumo: O artigo apresenta um estudo a banalização do dano moral nos contratos aéreos que envolvem passageiros. O objetivo é entender como o dano moral presumido é aplicado principalmente nos juizados especiais cíveis. Se apresenta neste artigo o impacto no setor aéreo. Neste trabalho também traz o conceito dos danos punitivos, pretendendo apresentar esta modalidade como uma possibilidade para ser aplicado como no direito brasileiro como uma variante do dano extrapatrimonial nas lides consumeristas que envolve o setor aéreo. O método empregado neste trabalho é o dedutivo. Apresenta-se literatura nacional e estrangeira sobre a matéria, além de conceitos econômicos. O autor traz recentes decisões judiciais que desconsideram a aplicação de excludentes de responsabilidade aplicadas pela lei 14.034/2020. Esta lei introduz o caso fortuito e de força maior que já estavam normatizados na Convenção de Montreal. Como resultado, se nota que o dano punitivo já se aplica no direito brasileiro em vários dos seus ramos, podendo ser aplicado no regramento civil e no direito do consumidor. O autor defende sim a possibilidade da aplicação do dano punitivo para conter o excesso de judicialização das lides consumeristas, e também com a aplicação de sanções pelos órgãos reguladores setoriais, principalmente com a participação da Agência Nacional de Aviação Civil para evitar o excesso de judicialização.

Palavras-chave: consumidor, responsabilidade civil, dano punitivo, direito civil

Abstract: The article presents a study on the trivialization of moral damage in air contracts involving passengers. The objective is to understand how presumed moral damage is applied mainly in special civil courts. This article presents the impact on the airline industry. This work also brings the concept of punitive damages, intending to present this modality as a possibility to be applied as in Brazilian law as a variant of off-balance sheet damage in consumer disputes involving the airline industry. The method used in this work is deductive. National and foreign literature on the subject is presented, in addition to economic concepts. The author brings recent court decisions that disregard the application of liability exclusions applied by law 14.034/2020. This law introduces acts of God and force majeure, which were already regulated in the Montreal Convention. As a result, it is noted that punitive damages already apply in Brazilian law in several of its branches and can be applied in civil regulations and consumer law. The author does defend the possibility of applying punitive damages to contain the excessive judicialization of consumer lawsuits, and also with the application of sanctions by sectoral regulatory bodies, mainly with the participation of the National Civil Aviation Agency to avoid excessive judicialization.

Keywords: consumer, civil liability, punitive damages, civil law.

¹ Aluno do Mestrado em Direito Civil no Centro Universitário 7 de Setembro; Especialista em Direito e Processo Tributário. Damásio Educacional; LLM em Direito Empresarial. FGV-RJ; MBA Executivo AMBEV; MBA em Marketing pela FGV- RJ; MBA EM FORMACAO DE EMPREENDEDORES. ESPM; Graduação em Direito pelo Centro Universitário 7 de setembro e Graduação em Ciências Econômicas na UFC. Participante do Grupo de estudos em Análise Econômica do Direito da PUC-PR. Email: palima@icloud.com

1. Introdução

Existe atualmente, principalmente na competência do juizado especial cível brasileiro uma banalização de ações que envolvem passageiros e empresas aéreas, muito devido ao dano moral presumido que se consolidou na justiça brasileira (LIBERA, 2018. P. 17), ainda que o Superior Tribunal de Justiça tenha criado limites para a aplicação desta modalidade de sanção.

O interesse deste estudo é entender por que a aplicação do dano moral se tornou comum, ainda que se remeta na jurisprudência ao aspecto punitivo e pedagógico nas lides consumeristas do setor aéreo. Ainda que o dano moral apresente limitações para evitar enriquecimento ilícito do requerente, diferente do dano punitivo. Apresentar o dano punitivo para regular a conduta ilícita de caráter social seria a proposta deste estudo. Remetendo aos danos punitivos como instrumento exemplar àqueles que insistem em condutas ilegais.

Fazer uma discussão com decisões jurisprudenciais e doutrinárias sobre o dano moral, mostrar números da alta litigiosidade no setor e apresentar o dano punitivo como uma espécie do gênero de dano extrapatrimonial é outro ponto trazido no artigo. Inclusive apresentando que existem expressões no direito nacional que já levam em consideração os danos punitivos.

Neste artigo, se faz também um breve relato da origem do dano punitivo, que começa a sair do direito anglo-saxão e entrar no direito civil de origem romana. Em um momento de diálogo das fontes e onde o direito comparado ajuda a fechar lacunas dos ordenamentos jurídicos nacionais.

A metodologia utilizada foi dedutiva, através de procedimentos de busca bibliográfica e documental, buscando descrever e explicar o segmento pesquisado, sua evolução na economia e na construção legal e jurisprudencial no Brasil e de outros países, além de ramos do direito nacional, que não o direito do consumidor. A estrutura deste artigo apresenta como se positiva este mercado no direito brasileiro. Trazendo decisões de tribunais estaduais e do Superior Tribunal de Justiça.

2. A Banalização do Dano Moral no Judiciário Brasileiro

O professor Dennis Verbicaro apresentou seu artigo que trata da banalização da proteção jurídica do judiciário brasileiro em relação ao dano moral. Em seu artigo são trazidos gráficos do anuário Justiça em Números do CNJ, de 2016, onde o dano moral representava, somente na seara do direito do consumidor, 18,7%. Este número caiu para

9,77% das demandas em 2022 (CNJ,2022, p. 279), mas ainda sendo o principal motivo de litígio nos juizados especiais estaduais.

Coincidentemente em um uma pesquisa feita pelo autor para sua dissertação de mestrado, foi identificado uma indústria de dano moral presumido no setor aéreo. No artigo (STARLING e VILLA, 2022) trazem as seguintes informações:

- O Instituto Brasileiro de Direito Aeronáutico – IBAER apurou que 98,5% das ações cíveis no mundo contra as companhias aéreas estão concentradas no Brasil. Isso é o que consta expressamente da Cartilha do Transporte Aéreo, publicada em 25 de maio de 2021, pelo Conselho Nacional de Justiça;
- A ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil), por sua vez, no ano de 2017, mostrou que as quatro principais linhas aéreas brasileiras (Latam, Gol, Azul e Oceanair) operavam uma média de 2.320 voos diários e que tiveram naquele ano juntas mais de 63 mil processos ajuizados por passageiros, sendo 1 processo a cada 15 voos, em média. No mesmo ano, a ANAC verificou que duas empresas norte-americanas (American Airlines e Delta) operavam cerca de 10 mil voos diários e receberam 2.859 processos, o que equivale a 1 processo a cada 1.277 voos em média.
- Refinando um pouco mais os dados internacionais, a Delta Airlines declarou que no ano de 2017 operou, em média, 5400 voos diários nos Estados Unidos, sendo acionada em 130 processos; no Brasil, teve, em média, 5 voos diários, tendo sido acionada em 1.263 processos.

Estas informações demonstram que existe um excesso de judicialização em relação ao dano extrapatrimonial no setor aeronáutico. Considerando que esta modalidade era considerada um dano presumido pela legislação brasileira até aplicação da lei 14.034/2020.

Esta lei introduziu mudanças no Código Brasileiro de Aeronáutica que visam de evitar o excesso de lides por dano moral presumido. Nos artigos 251-A e 256, introduzidos foram sancionados pelo Estado durante pandemia do COVID-19. Os dispositivos introduzidos limitam a possibilidade de indenização por dano extrapatrimonial em decorrência de falha contratual entre passageiro e empresa aérea.

A aplicação da indenização pelo dano moral, após a sanção da lei, somente poderá ser concedida após a comprovação do efetivo dano ao passageiro e aos contratantes do serviço de carga e de transporte de passageiros.

Na redação da lei, o legislador é explícito em introduzir o caso fortuito e força maior, que passam a ser excludentes de responsabilidade civil para as empresas aéreas. Entre estes

excludentes de responsabilidade estão listados os problemas meteorológicos e defeitos de infraestrutura aeroportuária, por exemplo (BRASIL, 2020).

Estes dispositivos incluídos no período da pandemia, baseados nas normas da Convenção de Montreal que trata do transporte aéreo internacional (decreto 5.910/2006) vem limitar o dano moral *in re ipsa*. Visando normalizar as indenizações por dano moral neste segmento com o que acontece no resto do mundo.

Importante informar que já em 2018, no julgamento do feito pelo Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial (REsp 1484465/MG), foi decidido que embora comumente se considere presumido (*in re ipsa*), o dano moral decorrente de atraso de voo, deveria ser analisado no caso concreto, levando em consideração os aspectos que estavam normatizados na resolução 400 da ANAC (BISNETO, 2022).

Apesar desta decisão proferida pela corte que trata de normas infraconstitucionais no Brasil, as lides judiciárias no Brasil continuaram sem observar a regulamentação da ANAC. Gerando uma insegurança jurídica que provoca aumento dos custos em virtude do que se chama de anarquismo judicial (GICO, 2015. P. 485). As decisões nos tribunais estaduais modularam uma tarifação na aplicação dos danos morais no segmento aéreo. Onde estes valores aproximavam da média de 5 salários-mínimos. Sendo o limitador a da tarifa a vedação do enriquecimento ilícito do viajante que judicializou o processo.

Em decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 2022, o relator da apelação cível 5002946-34.2018.8.13.0439MG julgado pela 17ª. Câmara Cível, relatado pelo Desembargador Amauri Pinto Ferreira, condenou a empresa aérea pela responsabilidade objetiva, condenou uma empresa aérea em danos morais pelo extravio de bagagem, considerando a responsabilidade objetiva do transportador. Neste julgado, ainda que o juiz tenha informado que se deve analisar a existência do dano e o nexo de causalidade, o dano moral deveria ser aplicado de forma presumida, mas limitando o seu valor para evitar o enriquecimento ilícito do autor.

Entendimento similar foi aplicado pela 15ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na apelação cível TJ-SP - AC: 1125812-94.2021.8.26.0100. O relator do processo, o Desembargador Jairo Brazil indica nega o fortuito interno alegado pela empresa aérea devido ao intenso fluxo no tráfego aéreo que seria responsabilidade do aeroporto. E condenou a empresa aérea no valor de 4,1 salários-mínimos para punir e educar a transportadora e compensar o viajante, sem possibilitar o enriquecimento ilícito. Tal decisão também se deu em 2022.

Apesar de usar o dano moral com caráter punitivo, o Estado brasileiro não utiliza o dano punitivo como um dano autônomo. Cabe aqui entendermos que o dano moral, ou melhor, o dano extrapatrimonial deveria ser segmentado. Existem autores que tratam de novos danos (ALENCAR. 2019, p. 35), tais como o direito dano biológico (em relação a saúde) e férias frustradas, estes modelos vindos do direito italiano. Cabe aqui neste artigo segmentar o dano punitivo, compreendendo sua essência e segmentando do dano moral. E ver as possíveis aplicações diretas no setor de aviação civil brasileiro.

3.O Dano Moral no Setor de Aviação Civil

O dano moral está lançado em nossa constituição no artigo 5º., inciso X, que proclama “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988) teve consolidação de sua natureza como dano autônomo com a súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, onde em 1992, consolidou que poderia ser cumulado a aplicação do dano moral e do dano material em relação ao mesmo fato pelos tribunais.

Porém o dano moral, que surge no direito romano e tem sua formação nos tribunais italianos e franceses, no final do século XIX e no século XX, buscando resguardar lesão a sentimentos e a estado anímico. Mas no Brasil, houve um despendimento da concepção original, de agravo a honra, sendo utilizado como um “conceito-passaporte “para danos extrapatrimoniais. Fazendo o juiz brasileiro sua aplicação conforme sua conveniência no caso concreto (MARTINS-COSTA. 2014. p. 5). Sendo aplicado como dúplice função, punitiva e compensatória.

E dentro do instituto da responsabilidade civil, surgem na doutrina novos danos tais como o tempo perdido em atendimentos ao consumidor, da preterição do cuidado parental não prestado; descumprimento de cláusula contratual em direitos constitucionalmente protegidos, como a habitação e a saúde; e até a privação da capacidade de desenvolver todas as potencialidades como ser humano. Atualmente a aplicação do dano moral tutela as formas de proteção ao que se denomina dano ao patrimônio jurídico imaterial ou, simplesmente, dano extrapatrimonial (SOUZA e CARRÁ. 2022. p 2.)

Existem três correntes na doutrina jurídica brasileira que influenciam a discussão sobre reparabilidade do dano moral. A teoria negativista que explicava que o dano moral serem indisponíveis e, portanto, não indenizáveis; a teoria restrita, onde a lesão à moral somente poderia ser indenizável se fosse causada de forma indireta, pois a vítima sofrera danos materiais com a conduta ilícita do autor; e a tese de Clóvis Bevilacqua que previa a

indenização ao dano moral, ainda que fosse de difícil mensuração. O dano moral seria indenizável, e foi a teoria que adentrou em nosso ordenamento jurídico (FACCIO. 2020. P. 17). E a aplicação da pena pecuniária em pedidos indenização sobre o dano moral sofrido pela vítima na jurisprudência brasileira sofria de resistência antes da Constituição Federal de 1988, com a inclusão do dano moral em seu texto (FACCIO. 2020. p. 18).

Em relação as lides consumeristas que envolviam passageiros e empresas aéreas, a aplicação do dano moral não exigia a prova do dano, ainda que houvesse esta definição expressa na Convenção de Montreal (Decreto 5.910/2006), onde o dano seu artigo 19 para voos internacionais, desde que a sua ausente a conduta da empresa na apuração da responsabilidade ou caso a empresa tivesse adotada todas as medidas pra evitar ou diminuir os efeitos dos danos

Vale ressaltar que a Constituição Federal previa que, as convenções internacionais de transportes aéreo, aquático e rodoviário deveriam ser observadas. Porém o STF havia limitado a aplicação da convenção aos danos materiais, regendo o CDC sobre a aplicação dos danos morais (RE 636.331 RJ). Este entendimento, do dano moral presumido no setor de aviação só veio a ser superado no julgamento do REsp 1.584.465 / MG, em 2018. Neste julgado sua ementa traz os dispositivos legais, limitando as motivações para a aplicação do dano moral em litígios consumeristas com empresas aéreas. Nesta decisão, o STJ deixa de aplicar a nos litígios envolvendo consumidores e empresas aéreas. Porém, como já mostrado nos julgados de 2022, mostra que os tribunais não acataram a tese firmada nos tribunais superiores.

Neste caso, a aplicação do dano moral de maneira indistinta no setor aéreo promoveu o surgimento de indústria do dano moral na aviação que pode ser claramente visto em propaganda de empresas nas redes sociais ofertando indenizações de maneira indistinta, levando a uma litigiosidade excessiva no judiciário.

Os juizados especiais por serem mais céleres, terem o custo reduzido e ser o acesso mais simples para os advogados ávidos em ter alguma causa (em virtude do excesso de profissionais no mercado) são uma porta para este litígio de massa contra empresas do setor aéreo (VERBICARO e SILVA. 2017. p.5). Este problema leva a uma tarifação com o objetivo de não prover o enriquecimento ilícito aos litigantes. Os tribunais inclusive decidem com posições retóricas sobre esta tarifação sem fazer uma análise empírica VERBICARO e SILVA. 2017. p.8).

Com o advento da covid19, e com o fechamento das fronteiras, o setor aéreo entrou em crise e teve que obter soluções imediatas para evitar problemas financeiros e evitar uma

quebradeira no setor, que envolve não só as empresas aéreas, como as terceirizadas que fazem manutenção e mesmo no setor de infraestrutura aeroportuária. Desta forma entra no ordenamento brasileiro a lei 14.034/2020 que limitam de forma objetiva a aplicação do dano moral em seus artigos 251-A e 256. Porém, o dano extrapatrimonial pode ainda ocorrer aos passageiros que tiverem seus direitos abalados. A Resolução 400 da ANAC traz uma série de providencias que devem ser cumpridas pelas empresas aéreas em casos de *overbooking*, cancelamento de vôo, atrasos, desvios de rota e mesmo com extravio de bagagens. Mas infelizmente as empresas aéreas não cumprem estas determinações.

Nesta forma, no entendimento do autor, tanto o judiciário como órgãos administrativos, como as agências reguladoras poderiam aplicar danos punitivos as empresas aéreas que tivessem conduta ilícita na aplicação das regras legais que protegem o consumidor. Sem que causassem enriquecimento sem causa do passageiro que sofrer danos da empresa aérea.

4.Danos Punitivos

O dano punitivo é um instituto que nasceu no direito anglo saxão. No direito norte americano, existem três aplicações de danos: danos compensatórios, punitivos e nominais (BERNARDI, 2012. p. 95). Os danos compensatórios, que podem ser pecuniários ou não pecuniários, o que se aproximam do direito brasileiro do dano material e do dano moral, respectivamente (BERNARDI, 2012. p. 96). Os danos nominais são danos de valor insignificante, meramente técnicos, onde o requerente consegue provar o dano, mas não consegue provar que tivesse direito a uma indenização compensatória (BERNARDI, 2012. p. 103).

Os danos punitivos (*punitive damage*), também chamados de danos exemplares (*exemplary*) ou vingativos (*vindictive*) consiste em uma soma adicional, além da compensação ao requerente pelo mal sofrido, com o intuito de punir o acusado a deixar de praticar a conduta ilícita e evitar que outros pratiquem condutas similares (BORGES, 2013. p. 3). Estes danos não podem ser aplicados de forma autônoma, precisando que o requerente tenha seu direito reconhecido com os danos compensatórios ou nominais (BERNARDI, 2012. p. 106).

Este modelo busca sancionar condutas ilícitas de forma preventiva. A fixação da pena pecuniária se calcula através da análise da conduta do réu (culposa ou dolosa) e da falta de cuidado com os direitos alheios, pois o réu teria a consciência plena dos riscos que estava correndo ao adotar a conduta (BENEDETI e AGUIAR, 2020; p. 171).

Os danos punitivos surgem na Inglaterra, tendo um caráter de dano civil, promovendo multas pecuniárias excessivas de forma a ser condizente com as perdas e danos sofridos pelos requerentes (BERNARDI, 2012, p. 109).

O direito brasileiro assume a existência de aplicar o dano moral com o objetivo de punir condutas e adotar medidas pedagógicas, fato este que está disseminado na doutrina e na jurisprudência brasileira, conforme podemos verificar nos julgados aqui já apresentados

Mas seria importante que o direito brasileiro já trabalhasse com o dano punitivo de forma autônoma. Existem normas no ordenamento brasileiro, que no entendimento deste autor, envolve punição para evitar algumas condutas.

No direito do trabalho com a multa do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) se busca evitar que o trabalhador demita indiscriminadamente o funcionário, criando uma barreira pecuniária. Como também o trabalhador é punido quando faz uma conduta que provoque uma demissão por justa causa, perdendo o acesso ao recurso.

Considerando que o dano punitivo tem a questão da penalização e evitar condutas nocivas, temos no capítulo de responsabilidade civil, dentro do nosso código civilista, penas que devem a ser aplicadas a pessoas que demandam dívidas inexistentes de acordo com os artigos 939 e 940 do Código Civil brasileiro.

No direito tributário, existem multas de caráter moratório e de caráter punitivo, para evitar a conduta ilícita social da sonegação (BUNDCHEN, 2009, p. 10). O Supremo Tribunal Federal em julgado Agravo Regimental em Recurso Extraordinário: 836828 RS considerou até na limitação da multa punitiva. E já deixa claro o conceito da sanção prevista para coibir a burla à atuação da Administração tributária. E com esta decisão, considerou necessário o limitador da norma sancionatória para multas arbitradas acima do montante de 100%. Não sendo extensivo este entendimento às multas moratórias, que devem ficar circunscritas ao valor de 20%. Mais uma vez a sanção punitiva dentro do direito brasileiro.

Interessante que a aplicação do dano punitivo no direito ambiental está limitada nas ações penais. No julgamento do STJ - REsp: 1354536 SE, o ministro relator Luís Felipe Salomão, em uma ação que tratava de vazamento de amônia no Rio Sergipe, no Estado de mesmo nome, afirma que o direito punitivo não deve ser aplicado em ação de responsabilidade civil pro dano ambiental, considerando “inadequado pretender conferir à reparação civil dos danos ambientais caráter punitivo imediato, pois a punição é função que incumbe ao direito penal e administrativo;”.

Vendo as observações acima, a figura do dano punitivo existe no direito brasileiro, mas de uma maneira que fica travestido em institutos que variam conforme o ramo do direito.

Não sendo este dano aplicado ainda de forma autônoma e direta, como um conceito típico a ser aplicado nas questões de responsabilidade civil.

3. Proposta para aplicar o dano punitivo no setor aéreo

Nos contratos de transporte aéreo também existem penalidades a serem aplicadas de acordo com a tarifa contratada pelo consumidor, apesar de não se conceituar a pena como dano punitivo. Só é uma regra contratual onde o consumidor pode pagar mais barato assumindo o risco de ao não usufruir do objeto contratado, ele não poderá solicitar reembolso. Esta prática é muito comum no setor aéreo e nas reservas de hotéis. Ainda que existem jurisprudência firmada que não aceitem este modelo de proibição de reembolso.

O STJ, no julgamento do REsp: 1580278 SP, que teve como relatora a ministra Nancy Andrichi, considerou como abusiva a cláusula que veda o reembolso ao passageiro. Apesar do autor considerar uma interferência desnecessária nas relações contratuais consumeristas, a doutrina entende que existe abusividade na cláusula sob a óptica do CDC.

O autor trás neste artigo uma proposta para aplicação do dano punitivo de forma autônoma no direito brasileiro. O estudo do direito comparado ajuda-nos a entender que legislações já começam a aceitar este instituto no direito civil daqueles países que seguem a tradição do direito romano. A Corte de Cassação Italiana em 2017 acatou uma execução de sentença estrangeira baseada em danos punitivos, superando o regramento que não aceitava este tipo de penalização por ser uma questão de ordem pública a recusa da aplicação de danos punitivos. Já que esta modalidade de dano não se amparava no modelo poli funcional da responsabilidade civil local (POSENATO, 2018).

Desta forma, com a aplicação do dano punitivo evitar o tabelamento do dano moral aplicado nas lides consumeristas do setor aéreo, evitando a limitação que busca evitar o enriquecimento ilícito da vítima. Lembrando que para se aplicar o dano punitivo precisa se caracterizar a conduta culposa ou dolosa do réu e a falta de cuidados com os direitos alheios, no caso dos passageiros.

Neste ponto venho a defender que a Agência Nacional de Aviação Civil pudesse em suas atribuições fazer um convênio com os tribunais para acompanhar a litigiosidade nos juizados especiais, de modo que venha a atuar como órgão sancionador administrativo.

O papel da ANAC, legitimado em suas atribuições legais, em aplicar sanções e defender os usuários que contratam com serviços de transporte aéreo de passageiros. E, caso possa ter a troca de informações com a justiça, ao notar o volume maior de condutas ilícitas por uma empresa aérea específica, poderia ser aplicado advertência, multas e mesmo

restrições na concessão de determinados trechos aéreos que tenham mais problemas com os passageiros.

Uma análise mais técnica pode ser útil para obter dois produtos: evitar maiores demandas judiciais e controlar de forma preventiva (sem tirar o direito do cidadão de ter o acesso ao judiciário) a conduta ilícita das empresas aéreas.

Com a limitação do dano moral e dos excludentes de responsabilidade civil no Código Brasileiro de Aeronáutica deverá reduzir as lides nos contratos envolvendo passageiros e empresas aéreas. Desta forma, os casos a serem levados para a justiça terão uma relevância maior, já que para ser aplicadas as sanções judiciais teremos que ter o dano efetivo ao consumidor praticado pela empresa aérea contra o que está no normativo de resoluções da ANAC. Pode-se até mesmo pegar o exemplo da nova lei do superendividamento que tem uma fase extrajudicial, que pode ser a negociação direta entre as partes ou através das Delegacias dos Consumidores. Assim esvazia-se as demandas judiciais com soluções conciliatórias mediadas pelos órgãos administrativos.

Existe um projeto piloto de conciliação e mediação que foi firmado entre a Associação Brasileira de Empresas Aéreas e o Tribunal de Justiça de São Paulo via plataforma digital para evitar lides nos juizados especiais. E está em estudo similar projeto com a justiça em Amazonas (ANAC. 2023).

Desta forma, pode sim, caso o legislador venha a incluir de forma genérica o dano punitivo, com sanções administrativas (aplicadas pela ANAC) e mesmo com a aplicação de sanções punitivas ao consumidor prejudicado em decisões aplicadas pelo juiz. Desta forma, o julgador não teria a preocupação da vedação do enriquecimento ilícito. E não precisaria justificar o caráter punitivo e pedagógico do dano moral. Já é momento de termos danos extrapatrimoniais diversos no ordenamento brasileiro,

4. Conclusão

Desta forma conclui-se que, apesar de ainda não termos o conceito do dano extrapatrimonial punitivo no direito civil brasileiro, este instituto que vem sendo empregado pela doutrina e pela jurisprudência brasileiro em vários de seus ramos.

Seria cabível pelos doutrinadores melhorar mais a discussão para que se aplique os danos punitivos. A natureza do dano punitivo é de modificar condutas de litigantes. Que praticam danos sociais. E no direito do consumidor no Brasil, que não foi alvo do artigo, temos uma concentração de grandes litigantes, tal como no setor da aviação civil, que é mercado do oligopólio.

E que a aplicação do dano punitivo pudesse ocorrer ainda que nas câmaras de mediação e conciliação, mas não na forma presumida, e sim analisando o caso concreto e apurando as responsabilidades dentro das normas legais.

E conclui-se que existem também possibilidades de fazer uma melhor aplicação dos danos punitivos pelas agências reguladoras, e na impossibilidade de resolver a lide, se demandar por vias judiciais.

Referências

ANAC. ANAC e Abear debatem impacto da judicialização no setor aéreo. 05 abril 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/noticias/2023/anac-e-abear-debatem-impacto-da-judicializacao-no-setor-aereo>. Acesso em: 09 junho 2023.

BERNARDI, Raquel Grellet Pereira et al. Danos punitivos: eficácia isonômica do direito fundamental de reparação integral dos danos. 2012.

BISNETO, Cicero Dantas. Dano moral presumido (In re ipsa) no âmbito do contrato de transporte aéreo. 10 mai 2022. Migalhas, Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/365616/dano-moral-presumido-no-ambito-do-contrato-de-transporte-aereo>. Acesso em 15 nov. 2022.

BORGES, Thiago Carvalho. Danos punitivos: hipóteses de aplicação no direito brasileiro. Faculdade Baiana de Direito. Disponível em: <http://www.faculdadebaianadedireito.com.br/images/a/Texto%20Thiago.pdf>. Acesso em, v. 31, 2013.

BUNDCHEN, Somaia Gasel Khodr. A natureza jurídica das multas tributárias. Instituto brasileiro de estudos tributários. Brasília, 2009.

DE ALENCAR, Jacilene Vieira. O Dano Extrapatrimonial: Do Dano Moral às Novas Formas de Dano. 2019.

DE MORAES BENEDETTI, Andrea Regina; AGUIAR, Guilherme Machado. O INSTITUTO DOS PUNITIVE DAMAGES (DANOS PUNITIVOS) COMO MECANISMO DE INDENIZAÇÃO NO DANO EXTRAPATRIMONIAL. Revista Juris UniToledo, v. 5, n. 04, 2020.

DE SOUZA, Cid Marconi Gurgel; CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A hierarquia das necessidades de Maslow e os danos extrapatrimoniais: um paralelo entre o Direito e a Psicologia Humanista. Revista de Informação Legislativa, v. 59, n. 234, p. 11-33, 2022.

FACCIO, Lucas Girardello. Critérios de quantificação do dano moral: o uso de tabelas no Direito Italiano e a sua viabilidade no Direito Brasileiro. 2020. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2020. PUC-RS.

GICO JR, Ivo Teixeira. Anarquismo judicial e segurança jurídica. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, p. 479-499, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. Revista do Instituto de Direito Brasileiro, v. 3, n. 9, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). *Revista Cej*, v. 9, n. 28, p. 15-32, 2005.

LIBERA, THIAGO MOURA. *A BANALIZAÇÃO DO DANO MORAL NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL*. 2018.

STARLING, Valeria Curi Starling A. S.; VILLA, Nicolle. A origem da judicialização desproporcional no mercado do transporte aéreo no Brasil: A responsabilidade das companhias aéreas por danos morais. In: *A origem da judicialização desproporcional no mercado do transporte aéreo no Brasil: A responsabilidade das companhias aéreas por danos morais*. [S. l.], 9 nov. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/aviacao-desafios-da-retomada/a-origem-da-judicializacao-desproporcional-no-mercado-do-transporte-aereo-no-brasil-20062022>. Acesso em: 20 jun. 2022.

VERBICARO, Dennis et al. O mito da indústria do dano moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo Judiciário brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, 2018.

A Constitucionalização das Políticas Públicas como Instrumento para o Desenvolvimento Social do Agricultor Familiar

The Constitutionalization of Public Policies as an Instrument for the Social Development of Family Farmer

Rafael dos Reis Bonifácio.¹

Mariana Nascimento Siqueira.²

Carolina Merida.³

Sumário: 1 – Introdução; 2 - Políticas públicas: conceitos e tipologias; 3 - Constitucionalismo contemporâneo: enfoque crítico e implicações no direito do agronegócio brasileiro; 4 - A perspectiva do desenvolvimento social do agricultor familiar a partir da constitucionalização das políticas públicas; 5 - Considerações finais.

Resumo: Este estudo adota por tema a constitucionalização das políticas públicas relacionadas ao agronegócio e tem como recorte o desenvolvimento social do agricultor familiar. O intuito é investigar de que forma a Constituição Federal afeta a implantação e continuidade das políticas públicas que agem em benefício do desenvolvimento do agricultor familiar e o impacto da constitucionalização das políticas públicas na promoção do desenvolvimento social deste modelo de agricultura, adequando-as a todo o ordenamento jurídico. A pesquisa parte do pressuposto de que a incorporação na Constituição é crucial para as políticas públicas que carecem de mecanismos de resiliência inerentes para garantir o seu autorreforço. Nos casos em que não há consenso negativo suficiente para mobilizar uma maioria de atores político-institucionais capazes de superar os custos associados à modificação constitucional, essa constitucionalização torna-se particularmente significativa. O objetivo geral é incorporar diretrizes e garantias específicas para sua promoção e desenvolvimento social do agricultor familiar na Constituição, para que o Estado demonstre compromisso institucional de longo prazo com a agricultura familiar e crie uma base legal sólida para a implementação de políticas públicas nessa área. A constitucionalização também fortalece os direitos dos agricultores familiares, conferindo-lhes proteção jurídica e legitimidade na busca por políticas e programas que atendam às suas necessidades. Adota-se o método dedutivo, explorando textos jurídicos e legislações existentes. A constitucionalização das políticas públicas é um processo que envolve a incorporação de

¹ Mestrando em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento (UniRV); especialista em Direito Constitucional (Prominas); graduado em Direito (FAR), Advogado, Rio Verde, Goiás, e-mail: reis_rrb@hotmail.com.

² Professora titular da Faculdade de Engenharia Ambiental da (UNIRV); Doutora em Ciências Ambientais pela UFG, Rio Verde, Goiás, e-mail: mariana.siqueira@unirv.edu.br.

³ Pós-doutoranda na Universidad de Las Palmas de Gran Canarias (Espanha). Doutora em Direito Público (Unisinos). Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento (PUC/GO). Pesquisadora e Professora do Quadro Permanente do Mestrado Profissional em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento da Universidade de Rio Verde. Procuradora do Município de Rio Verde. Advogada. E-mail: merida@unirv.edu.br

princípios e diretrizes relacionados a determinadas áreas de atuação governamental na Constituição de um país. No caso específico da agricultura familiar, a constitucionalização das políticas públicas pode ser um instrumento importante para promover o desenvolvimento social desse grupo. O desenvolvimento de uma pesquisa horizontal, que abranja a constitucionalização das políticas públicas para desenvolver o agricultor familiar, incursiona na perspectiva crítica do constitucionalismo contemporâneo para a subsequente análise dos potenciais desse enfoque, no intuito de demonstrar que há muito a fazer, especialmente no que concerne aos diferentes modelos de política pública, às diferentes áreas de política e à relação entre direitos constitucionalizados e políticas públicas. É importante ressaltar que a constitucionalização das políticas públicas não é suficiente por si só. É necessário também um efetivo compromisso político e a alocação adequada de recursos para implementar as medidas previstas na Constituição. Além disso, são fundamentais monitoramentos e a avaliação contínua dos resultados alcançados, a fim de garantir que as políticas sejam efetivas e promovam o desenvolvimento social dos agricultores familiares de forma sustentável.

Palavras-chaves: Constituição Federal; políticas públicas; agronegócio; desenvolvimento social.

Abstract: This study adopts as its theme the constitutionalization of public policies related to agribusiness and focuses on the social development of family farmers. The aim is to investigate how the Federal Constitution affects the implementation and continuity of public policies that act to benefit the development of family farmers and the impact of the constitutionalization of public policies in promoting the social development of this model of agriculture by adapting them to the entire legal system. The research assumes that incorporation in the constitution is crucial for public policies that lack inherent resilience mechanisms to ensure their self-reinforcement. In cases where there is not enough negative consensus to mobilize a majority of political-institutional actors capable of overcoming the costs associated with constitutional modification, this constitutionalization becomes particularly significant. The overall objective is to incorporate specific guidelines and guarantees for family farmers' promotion and social development into the Constitution, so that the State demonstrates long-term institutional commitment to family farming and creates a solid legal basis for the implementation of public policies in this area. Constitutionalization also strengthens the rights of family farmers, giving them legal protection and legitimacy in the search for policies and programmes that meet their needs. The deductive method is adopted, exploring existing legal texts and legislation. The constitutionalization of public policies is a process that involves the incorporation of principles and guidelines related to certain areas of government action into a country's Constitution. In the specific case of family farming, the constitutionalization of public policies can be an important instrument to promote the social development of this group. With the development of a horizontal research, which covers the constitutionalization of public policies to develop the family farmer, incursion into the critical perspective of contemporary constitutionalism for the subsequent analysis of the potentials of this approach, in order to demonstrate that there is much to do, especially regarding the different models of public policy, the different areas of policy and the relationship between constitutionalized rights and public policies. It is important to emphasize that the constitutionalization of public policies is not enough on its own. It is also necessary an effective political commitment and the adequate allocation of resources to implement the measures foreseen in the Constitution. In addition, continuous monitoring and evaluation of the results achieved are fundamental, in order to guarantee that the policies are effective and promote the social development of family farmers in a sustainable way.

Keywords: Federal Constitution; public policies; agribusiness; social development.

1 - INTRODUÇÃO

A constitucionalização das políticas públicas é um processo pelo qual as políticas governamentais são ancoradas e respaldadas nos princípios e direitos garantidos na Constituição de um país. Esse processo implica a adoção de medidas que garantam a efetivação dos direitos fundamentais e sociais previstos na Constituição Federal e promovam o desenvolvimento e bem-estar da população como um todo.

A agricultura familiar desempenha um papel fundamental no desenvolvimento social e econômico de muitos países, especialmente em nações em desenvolvimento. Essa forma de produção agrícola é caracterizada por ser conduzida por famílias, com uso predominantemente da força de trabalho familiar e de pequenas propriedades rurais. Por sua natureza, a agricultura familiar contribui significativamente para a segurança alimentar, a preservação do meio ambiente e a geração de empregos no setor rural.

No contexto específico do desenvolvimento social do agricultor familiar, a constitucionalização das políticas públicas desempenha um papel fundamental. O agricultor familiar é um agente essencial para a segurança alimentar, a preservação do meio ambiente e a redução das desigualdades sociais. No entanto, muitas vezes, ele enfrenta desafios e obstáculos que dificultam sua inclusão e desenvolvimento sustentável.

A constitucionalização das políticas públicas surge como um instrumento poderoso para enfrentar esses problemas e promover o desenvolvimento social do agricultor familiar. Consiste em estabelecer, por meio da Constituição do país, diretrizes e princípios específicos que asseguram a proteção dos direitos e interesses dessa classe de agricultores.

Ao elevar as políticas públicas de apoio à agricultura familiar ao nível constitucional, garante-se maior estabilidade e permanência dessas políticas ao longo do tempo, além de uma maior obrigação do Estado em cumpri-las. Essa abordagem também sinaliza o compromisso do país em fomentar o desenvolvimento do setor agrícola familiar, mesmo que haja mudanças de governo.

Nesta perspectiva, a presente abordagem busca analisar o impacto da constitucionalização das políticas públicas voltadas à agricultura familiar, bem como examinar os desafios e oportunidades que surgem desse processo.

Deste modo, o presente trabalho pretende explorar as possíveis vantagens da constitucionalização das políticas públicas como forma de alavancar o desenvolvimento social do agricultor familiar. Além disso, busca-se identificar os elementos que devem ser considerados na formulação de políticas eficazes e sustentáveis para esse segmento, de modo a promover uma agricultura familiar mais resiliente, produtiva e socialmente inclusiva. O objetivo geral deste trabalho é analisar o impacto da constitucionalização das políticas públicas direcionadas à agricultura familiar e sua influência no desenvolvimento social desse setor. Para alcançar esse propósito, os objetivos específicos incluem a avaliação dos benefícios da incorporação dessas políticas no texto constitucional, a identificação dos desafios enfrentados na implementação e execução dessas medidas, bem como a formulação de diretrizes para políticas públicas mais eficazes e sustentáveis para a agricultura familiar.

Ao fazer isso, espera-se contribuir para a construção de uma sociedade mais equitativa e sustentável, na qual os agricultores familiares desempenhem um papel cada vez mais relevante no crescimento econômico e no bem-estar social do país, pois é apresentado como problema de pesquisa neste estudo compreender de que maneira a constitucionalização das políticas públicas voltadas à agricultura familiar pode impactar seu desenvolvimento social, considerando seus benefícios, desafios e potenciais efeitos sobre a inclusão e bem-estar dos agricultores familiares.

Quanto à metodologia empregada, esta pesquisa adotou uma abordagem qualitativa, envolvendo a análise de conteúdo de documentos legais, relatórios governamentais, estudos de caso e pesquisas acadêmicas relacionadas à agricultura familiar e às políticas públicas de desenvolvimento rural.

O artigo está estruturado da seguinte forma: na seção de introdução, foram apresentados o contexto, a problemática e os objetivos do estudo. A seção subsequente revisará a literatura relevante sobre políticas públicas: conceitos e suas tipologias. Posteriormente, serão exploradas as experiências do constitucionalismo contemporâneo: enfoque crítico e implicações no direito do agronegócio brasileiro. Na seção seguinte, serão demonstradas as perspectivas do desenvolvimento social do agricultor familiar a partir da constitucionalização das políticas públicas. Por fim, a conclusão sintetizará os principais achados e contribuições do estudo, enfatizando sua relevância para a promoção de uma sociedade mais equitativa e sustentável por meio do fortalecimento da agricultura familiar.

2 - POLÍTICAS PÚBLICAS: CONCEITOS E TIPOLOGIAS

Inicialmente, o estudo das políticas públicas estava centrado na análise das decisões governamentais e suas consequências. As abordagens mais antigas enfatizavam a formulação e implementação de políticas, com foco na ação governamental e nos processos burocráticos.

No entanto, ao longo do tempo, os estudiosos perceberam a necessidade de uma compreensão mais abrangente das políticas públicas, levando em consideração os diversos atores e fatores envolvidos. Essa abordagem mais ampla considera que estas políticas são o resultado de um sentimento complexo entre o Estado, a sociedade civil, o setor privado e outros grupos de interesse.

Dallari Bucci, pesquisadora com vasto conhecimento e autoridade para tratar da temática das políticas públicas, diz que numa sociedade em desenvolvimento, a inovação governamental depende não apenas de inovações, propriamente ditas, mas, em grande medida, da conjugação dessas com melhorias incrementais, cujos resultados criem condições de legitimação social e, com isso, permanência e realimentação positiva do processo.⁴

O campo dos estudos das políticas públicas também se beneficiou do desenvolvimento de métodos de pesquisa mais sofisticados, como a análise de políticas, a avaliação de impacto, a análise de redes e a abordagem baseada em evidências. A mencionada autora em sua obra aduz que o interesse é compreender, de maneira mais acurada, o funcionamento do governo enquanto disparador e condutor de processos de transformação, com o emprego dos meios próprios do Estado ou postos à sua disposição⁵. Essas metodologias são úteis para a compreensão dos processos de formulação, implementação e avaliação das políticas públicas.

Na busca sobre a exata definição sobre o que seja política pública, pode-se notar que não existe uma única, nem melhor definição, contudo, a definição mais conhecida é a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por que e que diferença faz.⁶

Outras definições enfatizam o papel da política pública na solução de problemas. Críticos dessas definições, que superestimam aspectos racionais e procedimentais das políticas públicas, argumentam que elas ignoram a essência da política pública, isto é, o embate em torno de ideias e interesses.

⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. 2. ed., São Paulo, 2021, p. 49.

⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. 2. ed., São Paulo, 2021, p. 49.

⁶ SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Scielo Brasil, 2006, não paginado.

Dentro do campo específico da política pública, alguns modelos explicativos foram desenvolvidos para se entender melhor como e por que o governo faz ou deixa de fazer alguma ação que repercutirá na vida dos cidadãos. Muitos foram os modelos desenvolvidos e o mapeamento dos principais é importante porque pode guiar os decisores públicos no momento de elaborar uma dada política pública.

Theodor Lowi⁷ traz em sua obra a mais conhecida tipologia sobre política pública, elaborada através de uma máxima: a política pública faz a política. Para ele, esta máxima quer dizer que cada tipo de política pública vai encontrar diferentes formas de apoio e de rejeição e disputas em torno de sua decisão passam por arenas diferenciadas.

A partir de seus estudos, Theodor Lowi conclui que há quatro formatos que a política pública pode assumir, expostos a seguir.

O das políticas distributivas é o primeiro, sendo o processo pelo qual o governo toma decisões sem levar em consideração a escassez de recursos, resultando em impactos mais direcionados a indivíduos específicos em vez de serem universais, ao favorecer certos grupos sociais ou regiões em detrimento do bem-estar coletivo. Políticas públicas que promovem o clientelismo e o patrimonialismo, por exemplo, exemplificam esse tipo de abordagem distributiva.

O segundo é o das políticas regulatórias, que são mais visíveis ao público, envolvendo burocracia, políticos e grupos de interesse.

Já o terceiro tipo é o das políticas redistributivas, que alcançam um maior número de pessoas e resultam em perdas imediatas para certos grupos sociais, enquanto oferecem ganhos incertos e futuros para outros. Essas políticas incluem geralmente medidas sociais universais, o sistema tributário e o sistema previdenciário, e são consideradas as mais desafiadoras de implementar.

O quarto tipo é o das políticas constitutivas, que lidam com os procedimentos. Cada uma dessas políticas públicas vai gerar conjuntos distintos de oposições e apoios, sendo assim processadas de maneira também diversa dentro do sistema político.

No contexto do constitucionalismo contemporâneo, destaca-se a categoria das políticas constitutivas, que têm foco nos procedimentos. Cada uma dessas políticas públicas, ao ser implementada, desencadeia conjuntos específicos de apoios e oposições, o que repercute de maneira diversificada no âmbito do sistema político. Essa dinâmica complexa e variada também possui implicações cruciais no campo do Direito do Agronegócio brasileiro. Neste sentido, é essencial uma abordagem crítica para compreender plenamente as

⁷ LOWI, Theodore, *"Four Systems of Policy, Politics, and Choice"*, 1972, p. 301.

ramificações desse constitucionalismo contemporâneo e suas influências no referido setor econômico.

3 - CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: ENFOQUE CRÍTICO E IMPLICAÇÕES NO DIREITO DO AGRONEGÓCIO BRASILEIRO

Após conceituar políticas públicas como conhecimento organizado, cabe agora desenvolver o caminho com Constitucionalismo, buscando a contemporaneidade para enriquecer potenciais debates interdisciplinares em políticas públicas e suas experiências de formulação, implementação, avaliação e controle.

O constitucionalismo contemporâneo tem seu início a partir do segundo pós-guerra, a partir da busca por resgatar ou, no mínimo, reforçar o elemento ético-político do Estado Constitucional, os direitos fundamentais, como baliza real de atuação do poder público.⁸

O constitucionalismo contemporâneo refere-se ao estudo e à interpretação da Constituição em um contexto atual, levando em consideração as transformações sociais, políticas, econômicas e tecnológicas que ocorreram desde a sua promulgação. Esse enfoque crítico busca analisar as normas constitucionais à luz das demandas e desafios enfrentados pela sociedade contemporânea.

Dessa forma, o constitucionalismo contemporâneo vem buscando um direito que não aceita discricionariedade e tem como matriz teórica a crítica hermenêutica do direito.⁹

No contexto do direito do agronegócio brasileiro, o constitucionalismo contemporâneo tem implicações significativas. O agronegócio desempenha um papel crucial na economia do Brasil, sendo responsável pela produção e exportação de uma ampla variedade de produtos agrícolas. No entanto, essa atividade também levanta questões complexas relacionadas à sustentabilidade ambiental, aos direitos dos trabalhadores rurais, à concentração de terras e ao acesso à terra, entre outros.

Uma abordagem crítica do constitucionalismo contemporâneo pode questionar o modelo de desenvolvimento agrícola predominante, que muitas vezes prioriza a produtividade e o lucro em detrimento da preservação ambiental e dos direitos humanos. Nesse sentido, a Constituição brasileira de 1988 estabelece diversos princípios e diretrizes que devem ser considerados na regulação do agronegócio.

⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte, 2017, p. 36 – 39.

⁹ STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – O Constitucionalismo Contemporâneo*, Santa Catarina, 2011, p. 27.

Um dos princípios constitucionais relevantes é o da função social da propriedade, que estabelece que a propriedade deve cumprir sua função social, pois assim menciona o art. 5º da Constituição brasileira de 1988, dizendo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a propriedade¹⁰, ou seja, não deve ser utilizada de forma prejudicial à coletividade. Isso implica que as atividades agrícolas devem ser realizadas de maneira sustentável, respeitando os limites ecológicos e os direitos dos trabalhadores rurais.

Além disso, o constitucionalismo contemporâneo também pode focar a proteção dos direitos fundamentais no contexto do agronegócio. Os trabalhadores rurais têm direito a condições dignas de trabalho, remuneração justa e segurança no ambiente laboral. A Constituição também garante o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que implica a necessidade de promover práticas agrícolas sustentáveis que não comprometam a qualidade do solo, da água e do ar.

Outra questão importante é a concentração de terras, que pode gerar desigualdades e dificultar o acesso de pequenos agricultores à terra. Nesse sentido, o constitucionalismo contemporâneo pode buscar formas de incentivar a reforma agrária e a distribuição justa de terras, visando garantir o acesso à terra para fins produtivos e a redução das desigualdades sociais.

É importante ressaltar que o constitucionalismo contemporâneo não é uma abordagem estática, mas sim um processo contínuo de reflexão e adaptação às mudanças sociais e aos desafios emergentes. Portanto, é fundamental promover o diálogo entre os diversos atores envolvidos no agronegócio, como produtores rurais, trabalhadores, comunidades locais, acadêmicos e o poder público, a fim de construir um modelo de desenvolvimento agrícola que seja economicamente viável, socialmente justo e ambientalmente sustentável.

Além desse enfoque dinâmico no constitucionalismo contemporâneo, destaca-se a relevância de direcionar a atenção para a perspectiva do desenvolvimento social do agricultor familiar, por meio da constitucionalização das políticas públicas. Isso implica não apenas reconhecer a importância desse segmento para a economia agrícola, mas também assegurar seus direitos e garantias, fomentando sua participação ativa no processo de construção de um sistema agrícola sustentável e equitativo.

¹⁰ Constituição brasileira de 1988.

4 - A PERSPECTIVA DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL DO AGRICULTOR FAMILIAR A PARTIR DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A agricultura familiar, embasada na Lei nº 11.326/2006, é um modelo de agricultura desenvolvida por pequenos produtores que não tenham uma área superior a 4 módulos fiscais (quantidade de terra que varia de região para região) e que utilizem predominantemente a mão de obra de sua família (mas isso não os impede de contratar mão de obra de terceiros). Além disso, o seu sustento e o de suas famílias devem ser feitos através desta agricultura, sendo que a propriedade deve ser gerida pelo próprio proprietário, ou seja, não pode haver a contratação de um administrador.

Este modelo de agricultura é de suma importância, pois, além de alimentar sua própria família, os pequenos produtores alimentam também grande parte da população local. De acordo com AGROMAIS¹¹, a agricultura familiar é responsável por fornecer, aproximadamente, 70% dos alimentos consumidos no Brasil, garantindo uma segurança alimentar e nutricional para o mercado interno.

Hoje podemos notar a vasta diversidade cultural, social e econômica existente na agricultura familiar, indo desde o tradicional campesinato até pequenas produções modernizadas. Buainain e Romeiro¹² afirmam que a agricultura familiar desenvolve, em geral, sistemas complexos de produção, combinando várias culturas, criações de animais e transformações primárias, tanto para o consumo da família como para o mercado.

A partir da aprovação da Lei nº 11.326/2006, a agricultura familiar passa a ser reconhecida como profissão no Brasil. Desta forma, definiram-se limites para a exploração desta atividade rural a fim de se permitir acesso a programas do governo e incentivos a esta prática agrícola.

As primeiras iniciativas voltadas ao desenvolvimento rural brasileiro não são recentes. Todavia, Finatto e Salamoni¹³ mostram que, nas últimas décadas, tem se intensificado a implementação de políticas públicas voltadas para a promoção do desenvolvimento rural brasileiro.

¹¹ AGROMAIS. *Agricultura familiar é responsável por cerca de 70% dos alimentos da população brasileira*, não paginado.

¹² BUAINAIN, A. M.; ROMEIRO, A. R. *A agricultura familiar no Brasil: agricultura familiar e sistemas de produção*. Campinas. 2000.

¹³ FINATTO, R.A.; SALAMONI, G. *Agricultura familiar e agroecologia: perfil da produção de base agroecológica do município de Pelotas/RS*. 2008, p. 199-217.

Diversos estudos conduzidos no Brasil apontam para a melhoria na qualidade de vida dos agricultores familiares beneficiados por políticas públicas, considerando a geração de emprego e renda, movimentação econômica, acesso a mercados, segurança alimentar e valorização dos aspectos culturais nas comunidades rurais, segundo Saraiva e Borges.¹⁴

A perspectiva do desenvolvimento social do agricultor familiar a partir da constitucionalização das políticas públicas é de suma importância para entendermos o impacto positivo que tais políticas podem ter na vida desses agricultores. Através da constitucionalização, as políticas públicas voltadas para a agricultura familiar são reconhecidas como direitos sociais fundamentais, garantindo a sua implementação e proteção jurídica.

Um dos principais marcos legais relacionados à agricultura familiar no Brasil é a Lei nº 11.326/2006, conhecida como a Lei da Agricultura Familiar. Essa lei, em consonância com o artigo 3º da Constituição Federal¹⁵, estabelece que a agricultura familiar deve ser reconhecida e valorizada como um setor estratégico para o desenvolvimento socioeconômico e sustentável do país.

Além disso, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 187, reconhece a função social da propriedade rural e prevê que o Estado deve apoiar a agricultura familiar por meio de políticas públicas que visem à melhoria das condições de vida e trabalho dos agricultores familiares. Esse reconhecimento constitucional traz legitimidade e respaldo para a implementação de políticas que promovam o desenvolvimento social desses agricultores.

A partir dessa base constitucional, foram implementadas diversas políticas públicas no Brasil voltadas para o desenvolvimento social do agricultor familiar. Um exemplo é o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf), criado em 1996. Esse programa tem como objetivo fornecer crédito e assistência técnica aos agricultores familiares, promovendo a modernização das atividades agrícolas, o aumento da produtividade e a melhoria das condições de vida desses agricultores. Em seus estudos, Pereira¹⁶ mostra que a partir do Pronaf, o número de políticas públicas específicas para a agricultura familiar cresceu exponencialmente. Essas políticas apresentaram enfoques

¹⁴ BORGES, Wardsson Lustrino e SARAIVA, Olivan do Nascimento. *Agricultura familiar e políticas públicas: estudo de caso na comunidade Vila Ressaca da Pedreira, Macapá, Amapá, Brasil*. 2021.

¹⁵ O Art. 3º da Constituição Federal dispõe que: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: **I** - construir uma sociedade livre, justa e solidária; **II** - garantir o desenvolvimento nacional; **III** - **erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais**; **IV** - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁶ PEREIRA, Mayara Luíza. *Perspectivas históricas da agricultura familiar no Brasil: abrangência conceitual e alterações legislativas*. 2019

distintos, abordando desde temas como o crédito rural, passando por segurança alimentar e certificação de produtos.

Outra política pública relevante é o Programa de Aquisição de Alimentos (PAA), criado em 2003. Esse programa visa fortalecer a agricultura familiar e garantir o acesso à alimentação para famílias em situação de vulnerabilidade social. Por meio do PAA, o governo adquire alimentos produzidos pelos agricultores familiares e os destina a instituições públicas, como escolas, hospitais e presídios. Isso beneficia tanto os agricultores familiares, que têm um mercado garantido para sua produção, quanto as famílias em situação de vulnerabilidade, que recebem alimentos de qualidade. Estudo feito por Saraiva e Borges¹⁷ mostra que estas políticas públicas têm sido mais acessadas pelos pequenos agricultores, trazendo a eles mais desenvolvimento.

Essas políticas públicas, embasadas pela constitucionalização dos direitos dos agricultores familiares, têm contribuído para o desenvolvimento social desse grupo. Elas proporcionam acesso a recursos financeiros, assistência técnica, mercados seguros e garantia de renda, promovendo a inclusão social, a redução da pobreza e a melhoria da qualidade de vida dos agricultores familiares.

Em suma, a perspectiva do desenvolvimento social do agricultor familiar a partir da constitucionalização das políticas públicas envolve reconhecer os direitos desses agricultores e implementar medidas específicas para promover seu desenvolvimento. Isso pode ser observado no caso do Brasil, onde a Constituição Federal estabelece diretrizes e objetivos específicos para a agricultura familiar, e diversas políticas públicas foram implementadas para promover o acesso a recursos, assistência técnica e mercados seguros para esses agricultores.

O reconhecimento constitucional também fortalece a participação social e a organização coletiva dos agricultores familiares, permitindo que eles exerçam seus direitos e influenciem as políticas que os afetam.

Portanto, a constitucionalização das políticas públicas relacionadas à agricultura familiar é fundamental para garantir o desenvolvimento social desses agricultores, promovendo a inclusão socioeconômica, a melhoria das condições de vida e o fortalecimento de suas comunidades rurais.

Diante desse contexto, torna-se evidente que a consolidação das políticas públicas voltadas à agricultura familiar não apenas impulsiona o desenvolvimento socioeconômico

¹⁷ Saraiva e Borges apontam que as políticas públicas com característica de obtenção de apoio financeiro ou logística não onerosas, como o Programa de Assistência Técnica e Extensão Rural, a Produção Integrada e o Programa Territorial da Agricultura Familiar e Floresta, têm sido as mais acessadas na comunidade estudada.

dos agricultores, mas também desempenha um papel vital na construção de comunidades rurais resilientes e prósperas. No entanto, para que tais benefícios se concretizem de maneira eficaz, é imperativo avançar na constitucionalização dessas medidas, conferindo-lhes o respaldo legal necessário. Assim, no próximo tópico, serão apresentadas as considerações finais que resumem a importância dessa abordagem e delinham possíveis direções para a sua implementação efetiva.

5 - Considerações Finais

As considerações finais deste estudo destacam a importância da constitucionalização das políticas públicas relacionadas à agricultura familiar como um instrumento para o desenvolvimento social desse grupo. Através da análise e revisão dos conceitos de políticas públicas, constitucionalismo contemporâneo e suas implicações no direito do agronegócio brasileiro, o estudo ressalta a relevância de incorporar diretrizes e garantias específicas para a promoção e desenvolvimento social do agricultor familiar na Constituição.

A constitucionalização das políticas públicas é um processo que confere estabilidade e permanência às medidas de apoio à agricultura familiar, estabelecendo um compromisso institucional de longo prazo por parte do Estado. Isso não apenas fortalece os direitos dos agricultores familiares, mas também cria uma base legal sólida para a implementação de políticas públicas nessa área.

Através de políticas como o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf) e o Programa de Aquisição de Alimentos (PAA), é possível observar como a constitucionalização tem contribuído para o desenvolvimento social dos agricultores familiares, proporcionando acesso a recursos, assistência técnica e mercados seguros. Essas políticas têm impactado positivamente a qualidade de vida dos agricultores, a geração de emprego e renda, a segurança alimentar e a inclusão social.

No entanto, é importante reconhecer que a constitucionalização das políticas públicas não é suficiente por si só. É necessário um compromisso político efetivo e a alocação adequada de recursos para garantir a implementação e eficácia dessas medidas. Além disso, monitoramento e avaliação contínua são essenciais para garantir que as políticas alcancem seus objetivos e promovam o desenvolvimento social de maneira sustentável.

Nesse sentido, o estudo enfatiza a importância de uma abordagem crítica do constitucionalismo contemporâneo, que considera as complexidades e desafios enfrentados pela sociedade atual. Isso implica promover o diálogo entre diversos atores, como produtores rurais, trabalhadores, comunidades locais, acadêmicos e o poder público, a fim de construir

um modelo de desenvolvimento agrícola que seja economicamente viável, socialmente justo e ambientalmente sustentável.

Em última análise, a constitucionalização das políticas públicas relacionadas à agricultura familiar representa um passo fundamental para promover o desenvolvimento social desse grupo e construir uma sociedade mais equitativa e sustentável. Através desse processo, os direitos e interesses dos agricultores familiares são reconhecidos e protegidos, contribuindo para a construção de comunidades rurais resilientes e prósperas.

Referências

AGROMAIS. *Agricultura familiar é responsável por cerca de 70% dos alimentos da população brasileira*, não paginado. Disponível em: <https://agromais.band.uol.com.br/noticias/agricultura-familiar-e-responsavel-por-cerca-de-70-dos-alimentos-da-populacao-brasileira-16362005>.

Acesso em 06 de agosto de 2023.

BUAINAIN, A. M.; ROMEIRO, A. R. *A agricultura familiar no Brasil: agricultura familiar e sistemas de produção*. Campinas: FAO/INCRA, 2000. 58 p. (Projeto UTF/BRA/51/BRA).

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 07 de julho de 2023.

BRASIL, Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006. Estabelece as diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais, não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11326.htm. Acesso em 07 de julho de 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. 2. ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2021.

BORGES, Wardsson Lustrino e SARAIVA, Olivan do Nascimento. *Agricultura familiar e políticas públicas: estudo de caso na comunidade Vila Ressaca da Pedreira, Macapá, Amapá, Brasil*, Revista Brasileira de Agroecologia, vol. 16, n. 1, Amapá, 2021.

FINATTO, R.A.; SALAMONI, G. *Agricultura familiar e agroecologia: perfil da produção de base agroecológica do município de Pelotas/RS*. Sociedade & Natureza, v. 20, n. 2, p. 199-217, 2008.

LASWELL, Harold Dwight. *Politics: who gets what, when, how*. Cleveland, Meridian Books. 1936/1958.

LOWI, Theodore. Four systems of policy, politics, and choice. *Public Administration Review*, Vol.32, n.4, (Jul.-Aug.,1972), pp. 298-310. Disponível em: [http://links.jstor.org/sici?sici=0033-](http://links.jstor.org/sici?sici=0033-3352%28197207%2F08%2932%3A4%3C298%3AFSOPPA_%3E2.0.CO%3B2-X)

[3352%28197207%2F08%2932%3A4%3C298%3AFSOPPA_%3E2.0.CO%3B2-X](http://links.jstor.org/sici?sici=0033-3352%28197207%2F08%2932%3A4%3C298%3AFSOPPA_%3E2.0.CO%3B2-X) Acesso em 03 de julho de 2023.

PEREIRA, Mayara Luíza. *Perspectivas históricas da agricultura familiar no Brasil: abrangência conceitual e alterações legislativas*. Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, 2019. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-21082020-011648/publico/6403452_Dissertacao_Original.pdf. Acesso em 09 de agosto de 2023.

STRECK, Lênio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lênio. *O QUE É ISTO – O constitucionalismo contemporâneo*, Revista do CEJUR/TJSC Prestação Jurisdicional, Santa Catarina, v. 1, n. 02, p. 27 - 41, 2014. Disponível em: https://r.search.yahoo.com/_ylt=AwrhckvVN6xkBT_cvWu_z6_Qt.;_ylu=Y29sbwNiZjEEcG

[9zAzIEdnRpZAMEc2VjA3Ny/RV=2/RE=1689036885/RO=10/RU=https%3a%2f%2frevistadocejur.tjsc.jus.br%2fcejur%2farticle%2fdownload%2f64%2f49%2f140/RK=2/RS=y.uMu_QHJnQm08ai8A7YZXkAvFI_](https://r.search.yahoo.com/_ylt=AwrhckvVN6xkBT_cvWu_z6_Qt.;_ylu=Y29sbwNiZjEEcG) Acesso em 03 de junho de 2023.

SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Scielo Brasil, 2006, não paginado. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1517-45222006000200003> Acesso em 03 de julho de 2023.

Construção do Consenso, Justiça Multiportas e Crise do Judiciário: Oportunidades de Racionalização do Acesso à Justiça

Consensus Building, Multi-door Justice and the Judiciary Crisis: Opportunities to Rationalize Access to Justice

Renata Balthazar Pereira Alves¹

Sumário: 1. Conceituação – Acesso à Justiça; 2. Breve análise sobre contratos; 3. A influência do Novo Código de Processo Civil nos processos judiciais relacionados à indústria do Entretenimento na área musical e novas tecnologias; 4. Escassa Judicialização x Legislação; 5. Desafios do Poder Judiciário; Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo abordar possíveis alternativas ao enfrentamento da crise do Judiciário brasileiro na redução dos estoques processuais, com vistas ao princípio da celeridade processual e razoável duração do processo. O esforço contínuo com a adoção de políticas públicas voltadas para a construção do consenso vem sendo constantemente perseguido, o que exige criatividade e atenção para não violar o direito fundamental de acesso à justiça. O poder público brasileiro vem movendo esforços para equacionar a crise do Judiciário através do estímulo da construção do consenso e da desjudicialização.

Palavras-chave: justiça Multiportas; Direitos Humanos; Consenso Extrajudicial; ACESSO à Justiça.

Abstract: The paper addresses the possible alternatives to face the crisis of the Brazilian Judiciary in the reduction of procedural stocks, with a view to the principle of procedural speed and reasonable duration of the process. The continuous effort with the adoption of public policies aimed at building consensus has been constantly pursued, which requires creativity and attention not to violate the fundamental right of access to justice. The Brazilian public power has been making efforts to address the crisis of the Judiciary through the encouragement of consensus building and dejudicialization.

Keywords: Multi-Door Justice; Human Rights; Consensus Building; Access to Justice.

1. Conceituação

A revisão do acesso à justiça, muito em voga, vem trazendo desafios na compreensão do exponencial crescimento das controvérsias. A questão vem ocupando espaço mundial nos diversos ambientes de discussão.

A Organização das Nações Unidas (ONU) em 2015, ao elaborar a Agenda 2030 previu dentre os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável a serem atingidos até 2030 o objetivo 16 (dezesseis) que trata da Paz, Justiça e Instituições Eficazes², com foco em

¹ Doutoranda em Direito Público e Evolução Social, Mestre em Direito Público e Evolução Social pela UNESA/RJ, especialista em Direito Civil, com ênfase em Direito Privado Patrimonial, MBA em Gestão Empresarial,

Advogada no Fonseca Neto & Iorio Advogados. e-mail: renataxalves@yahoo.com.br

² Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 08 fev. 2023..

“Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas a todos os níveis”.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem movendo contínuos esforços para proporcionar cada vez mais soluções adequadas na construção do consenso e na promoção do efetivo acesso à justiça, utilizando os avanços tecnológicos para implementar boas práticas de celeridade processual.

O Relatório Justiça em Números 2022 aponta alarmantes índices de litigiosidade, com percentual médio nacional de 77%³ de taxa de congestionamento na Justiça Estadual. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, embora seja considerado tribunal de grande porte⁴, segue congestionado muitas vezes por demandas repetitivas em matéria de menor complexidade.

Os mecanismos adequados de resolução de conflitos podem e devem atender os cidadãos na construção do consenso pela mediação ou pela conciliação, que certamente são alternativas à solução adjudicada na sentença judicial.

A adoção de Métodos Adequados de Solução de Controvérsias (MASCs) na promoção do acesso à justiça traz a oportunidade inovadora de potencializar e encorajar a efetividade de direitos fundamentais, ao possibilitar , a resolução dos conflitos com mais celeridade, e em contexto mais amplo, a manutenção da paz em sociedade.

César Cury pontua que o processo judicial precisa se adequar para conseguir absorver o volume de demandas e o “trinômio jurisdição, ação e processo – nem sempre representa a melhor e mais adequada forma de solução para todo e qualquer conflito”⁵.

Trata-se da oportunidade de, nas palavras de Carlos Alberto Alvaro⁶, “combater o excesso de formalismo” do direito processual civil, acompanhando o desenvolvimento da sociedade.

Para o estudioso, o formalismo processual é importante na medida em que delimita os poderes das partes e do juiz, impõe deveres aos envolvidos, determina o início e o fim do

³ Média obtida entre 70% de congestionamento na fase de conhecimento e 84% na fase de execução. Conselho Nacional de Justiça. Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis. 2015. p. 190. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/b5b551129703bb15b4c14bb35f359227.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2023.

⁴ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2022. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf> Acesso em: 07 fev. 2023. p.51.

⁵ CURY, Cesar Felipe et al. Mediação. In: DIDIER JR., Fredie. (coord.) Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 495-497.

⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. n. 26. Rio Grande do Sul: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, 2006.

processo, estabelece ordem para a prática dos atos, ou seja, organiza o desenvolvimento do processo para promover o equilíbrio entre as partes, traz segurança e efetividade ao processo.

Contudo, não se trata de mera ordem prática do modo procedimental e sim um conjunto de fatores culturais, éticos, sociais, ideológicos, econômicos da sociedade que norteiam a estratégia governamental a ser adotada, no sentido de conjugar esses valores com o formalismo processual – o que o autor define como formalismo valorativo – com vistas à razoável duração do processo e a justiça substancial da decisão.

Certo é que, cada conflito de interesse quando tutelado à jurisdição deve receber o tratamento mais adequado ao caso concreto, de forma a promover a efetividade do processo e a promoção da paz social; atribuições típicas da jurisdição.

Dessa forma, o presente artigo tem por escopo apresentar investigação de caráter sociológico, analisar as origens das controvérsias em sociedade, posteriormente, compreender o perfil comportamental do brasileiro; as consequências dessas características e seus impactos nos litígios entre particulares e envolvendo o administrador público, para ao final, concluir se os Métodos Adequados de Solução de Controvérsias (MASCs) viabilizam a prestação jurisdicional, se pode ser situada no âmbito exclusivo da vontade das partes e se a imposição de condicionantes orientadas à avocação da automática da solução judicial reverberam em violação do acesso à justiça.

2.. **Acesso à Justiça e a Crise do Judiciário Brasileiro**

Por efeito da “cultura da sentença”, discorrida por Kazuo Watanabe, os índices de litigiosidade acentuam o congestionamento do Judiciário muitas vezes por demandas repetitivas em matéria de menor complexidade. Os mecanismos adequados de resolução de conflitos podem e devem atender os cidadãos na construção do consenso pela mediação ou pela conciliação, que certamente são alternativas à solução adjudicada na sentença judicial⁷.

Nas palavras de Antonio Aurélio Abi Ramia, o Judiciário brasileiro vive uma incessável busca em suportar as demandas judiciais, aumentando sua capacidade física e humana na ilusão de que os estoques de processos serão reduzidos, porém essa constante readequação, segundo o jurista, acaba por retroalimentar o acesso irracional à Justiça, leia-se Poder Judiciário. Ele sustenta que seguindo nesse caminho, o jurisdicionado passa a ter a

⁷ WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: Conciliação e Mediação: Estruturas da Política Judiciária. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 02. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/Parecer_DesKazuoWatanabe.pdf Acesso em: 07 abr. 2022.

sensação de que o aparato judicial comporta o excesso de demandas⁸, o que não procede, pelo contrário, os recursos são finitos, e a invocação irracional da prestação jurisdicional eleva o Judiciário ao eterno *lopping* de criação de metas de julgamento e mutirões para reduzir o número de processos, configurando-se em verdadeiro caos para sociedade, mesmo com as diversas inovações legislativas.

Surge como ponto de tensão a proteção do direito fundamental do consumidor, assegurado no art. 60, § 4º, inciso IV da CF/88 como cláusula pétrea, já que os índices alarmantes do Relatório Justiça em Números 2021 do CNJ evidenciam a necessidade de mudança comportamental dos formuladores de políticas públicas, reverberando, assim, no direito processual.

Não se trata de trivializar o potencial ofensivo da violação de um direito, mas sim em rever a obtenção do resultado útil do processo, conjugando a percepção estratégica e interdisciplinar, individual e coletiva de tempo *versus* custo, em benefício da satisfação pessoal do jurisdicionado.

Certamente, os métodos adequados para solução de conflitos, quando empregados de forma congruente, auxiliam a coibir a judicialização em massa.

O Conselho de Justiça Federal realizou em 2021 a II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios e aprovou o Enunciado nº 141 que dispõe sobre o fomento à plataforma consumidor.gov.br:

ENUNCIADO 141 - Recomenda-se o estímulo à utilização e à integração de mecanismos como a plataforma CONSUMIDOR.GOV.BR, criada pela Secretaria Nacional do Consumidor – Senacon com o apoio de Procons, com vistas a promover o acesso e a criação de alternativas para a solução eficiente dos conflitos de consumo⁹.

Nesse sentido, observa-se a atuação de órgãos públicos no estímulo à autocomposição de conflitos, trazendo como exemplo, o Ministério Público que dispõe de política de incentivo à construção do consenso¹⁰; o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ/RJ) que dentre os diversos projetos e planos de ação, firmou recentemente, acordo de

⁸DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. Acesso à justiça, retroalimentação e flexibilização procedimental nos juizados especiais estaduais. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. p. 35.

⁹ Disponível em: <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2021/11/enunciados-ii-jornada.pdf> Acesso em 23 mai. 2022.

¹⁰ Resolução CNMP nº 118/2014 Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf Acesso em: 06 mai. 2022.

cooperação técnica com o Procon para fornecer atendimento especializado ao consumidor superendividado¹¹; e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) que tem o Programa Empresa Amiga da Justiça¹², em que estimula a adoção de MASC fomentar a pacificação social.

Certo é que, o acesso à ordem jurídica justa¹³ defendida por Kazuo Watanabe deve ter como alicerce o trinômio conscientização da sociedade (mudança de mentalidade), constante adoção de inovações tecnológicas, legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais e interesse genuíno em fomentar soluções eficazes voltadas à celeridade processual e à razoável duração do processo, sem resistência ou reserva de mercado.

Richard Susskind defende que o conceito de acesso à justiça envolve a resolução do conflito em si desmembrando na contenção de disputas no sentido de cortá-las pela raiz; na mitigação das disputas, buscando métodos adequados de solução de controvérsias; e na promoção da saúde jurídica para ajudar as pessoas a conhecerem as vantagens advindas da lei¹⁴.

3.A Justiça Multiportas como Meio viável à Construção do Consenso

Em toda história, tem-se conhecimento de meios de solução de conflitos, quais sejam: autotutela, autocomposição, arbitragem e a decisão judicial¹⁵.

O direito moderno emprega termos técnicos para denominar as formas para construção do consenso. No Brasil, utiliza-se a sigla ‘MASCs’ como definição de Métodos Adequados de Solução de Controvérsias ou Meios Adequados de Solução de Conflitos. Em inglês usa-se o acrônimo ‘ADR’ que corresponde a *Alternative Dispute Resolution*¹⁶.

¹¹ Disponível em <https://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizarconteudo/5111210/85616050>. Acesso em: 06 mai. 2022.

¹² Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Conciliacao/Conciliacao/EmpresaAmigaJustica>. Acesso em: 06 mai. 2022.

¹³ Para o Desembargador Kazuo Watanabe: “O princípio de acesso à justiça, inscrito no n. XXXV do art. 5º, da Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário.” Tribunal de Justiça São Paulo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses, parecer de Kazuo Watanabe, São Paulo. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf> Acesso em: 07 mai. 2022.

¹⁴ SUSSKIND, R. Op. cit. p. 66-70.

¹⁵ TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo. A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro, in *RT*, v. 735. p. 40.

¹⁶ ARBIX, D. A. Op. cit. p. 13.

O termo Justiça Multiportas surgiu em 1976 quando sugerido por Frank Sander¹⁷, professor da Universidade de Harvard, nos Estados Unidos, para denominar novas portas de acesso à justiça senão a única porta adjudicada.

Trata-se de uma nova concepção de soluções não jurisdicionais esclarecidas por Cintra, Grinover e Dinamarco como resultado de falhas na atuação do Estado:

(...), agora abrem-se os olhos para todas essas modalidades de soluções não-jurisdicionais dos conflitos, tratadas como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, toma-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista. “(...) Ao lado da duração do processo (que compromete tanto o penal como o civil ou trabalhista), o seu custo constitui outro óbice à plenitude do cumprimento da função pacificadora através dele. O processo civil tem-se mostrado um instrumento caro, seja pela necessidade de antecipar custas ao Estado (os preparos), seja pelos honorários advocatícios, seja pelo custo às vezes bastante elevado das perícias. Tudo isso, como é perceptível à primeira vista, concorre para estreitar o canal de acesso à justiça através do processo. Essas e outras dificuldades têm conduzido os processualistas modernos a excogitar novos meios para a solução de conflitos. Trata-se dos meios alternativos de que se cuida no presente item, representados particularmente pela conciliação e pelo arbitramento .

E o CPC/2015 encorajou a adoção do sistema multiportas ao permitir espaço para a transação no âmbito do processo judicial ou fora dele¹⁸.

Oscar Chase explica que o ser humano cria seus próprios sistemas de resolução de conflitos, adaptando-os à cultura local¹⁹.

¹⁷ SANDER, Frank. *The proud confederence: perspectives on justice in the future*. St. Paul Minn.: West Pub. Co., 1979 Disponível em: <https://searchworks.stanford.edu/view/1752776> Acesso em: 27 abr. 2022.

¹⁸ Nas palavras de Marco Félix Jobim: “Na parte geral do Código de Processo Civil, reside um dos dispositivos de importância crucial, qual seja, o art. 3º, que oportunamente reforça a abertura das portas do Poder Judiciário ao jurisdicionado, mas que nos seus §§1º,2ºe3º deixa aberto, em tons inéditos, o espaço para começar a se pensar não mais em formas alternativas de resolução de controvérsias, mas sim numa justiça multiportas, que pode tentar solucionar litígios independentes da via jurisdicional ou inseridos nela.” JOBIM, Marco Félix. O CPC/2015 e a Justiça multiportas: Uma Necessidade de sua Compreensão. HARZHEIM, Elaine et al. (org). In: *Sistemas Multiportas e Métodos Integrados de Resolução de Conflitos*. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2018. p. 195-209. Disponível em: https://www.academia.edu/42618227/O_CPC_2015_e_a_Justi%C3%A7a_Multiportas_uma_necessidade_de_sua_compreens%C3%A3o Acesso em: 22 mai. 2022.

¹⁹ Para Oscar Chase, “sistemas de resolução de disputas não existem na natureza – eles são criados pelo ser humano e possuem especificidade cultura [...] o processo é uma das mais importantes instituições através das quais a constrição da vida social se opera.” CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução*

Frank Sander explica que a massificação das demandas pode ser tratada no sistema multiportas aplicando-se filtros quanto ao tipo de controvérsia, o valor envolvido na disputa, o nível de relacionamento das partes, para então direcionar à alternativa mais adequada para resolução pacífica da controvérsia²⁰.

É emergente o fomento ao acesso ao Direito e não apenas aos tribunais conforme defende Paula Costa e Silva²¹, adequando-se à realidade cultural, com a indução de políticas públicas.

Nesse sentido, entende-se a Resolução CNJ nº 125/2010 como o marco do sistema multiportas²², que, correlacionada com dispositivos legais como o CPC/2015, a Lei de Arbitragem, a Lei de Mediação, dentre outros, promovem, no ordenamento jurídico brasileiro, métodos adequados de solução de controvérsias.

O grande desafio é ajustar o acesso à justiça a uma possível filtragem das cláusulas de menor complexidade sem sobreposição ao garantismo constitucional.

4.A Desjudicialização e as Sanções Premiais

Outra alternativa para combater a crise do Judiciário e estimular a construção do consenso é o uso de sanções premiais como forma de abreviar o fluxo processual.

Entende-se por sanções premiais o estímulo impulsionado por lei, na adoção de conduta comportamental voltada a encorajar o cumprimento ou a superação de preceito normativo²³.

Marcelo Mazzola ao definir sanção premial explica que se trata de prêmio pela prática de conduta prevista em norma e a sua inobservância não acarreta punição nem prejuízo:

a sanção premial pode ser definida como a consequência jurídica positiva para estimular determinado comportamento indicado na norma (legal ou convencional), independentemente de sua natureza (dever, direito potestativo, ônus, faculdade etc.) .

de conflitos no contexto da cultura comparada Trad.: Sergio Arenhart, Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

²⁰ SANDRER, Frank E. A. Varieties of dispute processing, address delivered at the national conference on the causes of popular dissatisfaction with the administration of justice. v. 70. apr. 7-9. Federal Rules Decisions: 1976. p. 65-87.

²¹ COSTA E SILVA, Paula. A nova face da justiça. Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Lisboa: Coimbra editora, 2009. p. 19-21.

²² Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-marcado/330271/o-sistema-de-justica-multiportas-no-novo-cpc>. Acesso em: 27 abr. 2022.

²³ “Em um ordenamento promocional, a técnica típica das medidas indiretas é o encorajamento. (...) Simetricamente, podemos definir “encorajamento” como a operação pela qual A procura influenciar o comportamento deseja (não importa se comissivo ou omissivo) de B, ou facilitando-o ou atribuindo-lhe consequências agradáveis.” BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função - novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007. p. 16.

Já Carnelutti defende que ‘em matéria civil, a sanção é preventiva e repressiva’²⁴. Para Kelsen, “a conduta não-reta é ligada à pena e a conduta reta é ligada ao prêmio”²⁵ e o princípio da causalidade tem como base o princípio da retribuição. Para Miguel Reale as sanções premiais se traduzem em benefícios concedidos à pessoa²⁶.

Discorrendo sobre a função promocional do Direito, Norberto Bobbio sustenta que, no seu entendimento, ‘sanção’ comporta consequências agradáveis (sanções positivas) quando se prestigia a observância das normas e desagradáveis, quando há o seu desrespeito (sanções negativas)²⁷.

No ordenamento jurídico pátrio as sanções premiais estão previstas como estímulo à adoção de conduta esperada pelo legislador, por meio da oferta de prêmios²⁸.

Nesse sentido, as sanções premiais se coadunam com o estímulo à utilização dos MASCs. O CPC/2015 em seu artigo 3º, §§ 2º e 3º²⁹ traz a busca pela cultura do consenso como princípio fundamental do processo civil, assim como a Lei de Mediação (Lei nº13.140/15) estimula o diálogo.

Na percepção de Marcelo Mazzola, as sanções premiais estão facilmente relacionadas com o estímulo à solução consensual do conflito:

Atraídos por consequências jurídicas positivas (capazes de influenciar o seu processo de tomada de decisão), os indivíduos podem optar pela celebração de acordos, inclusive antes do escalonamento do próprio conflito.

Veja-se, por exemplo, o art. 29 da Lei de Mediação, que estabelece que, uma vez solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais.

²⁴ CARNELUTTI, Francesco. A arte do direito. 4 ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 66.

²⁵ KELSEN. Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

²⁶ "Assim, ao lado das sanções penais, temos sanções premiais que oferecem benefício ao destinatário, como, por exemplo, um desconto ao contribuinte que paga o tributo antes da data do vencimento". REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 75.

²⁷ BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função - novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007. p. 7.

²⁸ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função - novos estudos de teoria do direito**. Op. cit. p. 17-18 “Já há algum tempo, os juristas têm ressaltado que uma das características mais evidentes jurídico de um Estado assistencial é o aumento das chamadas leis de incentivo ou leis-incentivo. O elemento novo das leis de incentivo, aquele que permite o agrupamento dessas leis em uma única categoria, é exatamente o fato de que elas, diferentemente da maioria das normas de um ordenamento jurídico, denominadas sancionatórias (com referência ao fato de que prevêm ou cominam uma sanção negativa), empregam a técnica do encorajamento, a qual consiste em promover os comportamentos desejados, em vez da técnica do desencorajamento, que consiste em reprimir os comportamentos não desejados. No âmbito dessa categoria geral, é passível discernir os dois expedientes - o da facilitação (por exemplo, no caso de uma subvenção, de uma ajuda ou de uma contribuição financeira, ou mesmo de uma facilitação de crédito) e o da sanção positiva, como no caso da consignação de um prêmio para um comportamento superconforme ou de uma isenção fiscal.”

²⁹ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Na mesma vereda, o art. 90, § 3º, do CPC dispões que, se a transação ocorrer antes da sentença, as partes ficam dispensadas do pagamento das custas remanescentes, se houver³⁰.

A ideia de cooperação é latente em termos de sanções premiais. As partes cooperando entre si podem se beneficiar de prêmios, buscando a convergência de interesses, abreviando o processo judicial e otimizando a prestação jurisdicional.

Por outro lado, Marcelo Mazzola afirma que na fase pré-processual a possibilidade de estabelecer sanções premiais é maior, já que o clima entre as partes é menos beligerante por conta do conflito não ter chegado ao Judiciário. Ele cita como exemplo a cláusula de eleição de foro em que se convencionou que “caso a demanda seja ajuizada em foro distinto e o réu não suscite a incompetência em contestação, esse último será reembolsado das custas judiciais suportadas ao longo do processo, ainda que seja sucumbente” 31.

A preocupação com o custo da litigiosidade vem sendo estudada pela doutrina e abordada pela jurisprudência³², essa análise econômica deve compreender os o impacto das sanções premiais que envolvem a autonomia das partes³³ no estímulo à não judicialização da controvérsia.

Fabiana Spengler ensina que as decisões proferidas em sede da justiça consensual produzem efeitos não só jurídicos com ajuda a evitar conflitos futuros, tendo em vista o ambiente acolhedor estabelecido entre as partes, que possibilita a pacificação entre pessoas e até mesmo o restabelecimento das relações³⁴.

³⁰ MAZZOLA, Marcelo. Op. cit. 128

³¹ MAZZOLA, Marcelo. Op. cit. 228. Nesse sentido, o autor explica que “Nesse caso, existe um prêmio (reembolso das custas judiciais mesmo em caso de derrota – a sanção premial convencional) para estimular uma conduta do réu (não suscitar a incompetência).”

³² Luciano Timm explica que “a análise econômica do direito não pretende, por óbvio, esclarecer seus estudos, submeter as normas jurídicas à economia, mesmo porque o Direito não existe para atender exclusivamente aos anseios econômicos. Por outro lado, visa à aproximação das normas jurídicas à realidade econômica, por meio do conhecimento de institutos econômicos e do funcionamento dos mercados. A interação das duas ciências é o mote da Escola, não a exclusão de uma pela outra. A regulamentação jurídica, acreditam os defensores da escola econômica, pode influenciar empreendimentos econômicos e promover o desenvolvimento e a mudança social.” TIMM, Luciano Benetti. **Direito, economia, e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito**. In: Revista de direito bancário e do mercado de capitais, v. 9, n. 33, p. 15-31, jul./set. 2006. O trecho do livro foi citado pelo STJ no REsp nº 1.163.283 - RS (2009/0206657-6) Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200902066576&dt_publicacao=04/05/2015 Acesso em: 01 jun. 2022.

³³ Nesse sentido, Demérito Giannakos conceitua do seguinte: “Assim, em todo momento em que a autonomia da vontade está presente, faz-se necessária a análise econômica do direito para, assim, justificar, de certa forma, o(s) benefício(s) para a utilização dos negócios jurídicos processuais.” GIANNAKOS, Demérito Beck da Silva. Análise econômica dos negócios jurídicos processuais. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 278, abr. 2018. p. 510.

³⁴ SPENGLER, Fabiana Marion. DORNELLES, Maini. SCHAEFER, Rafaela Matos Peixoto. Novos paradigmas: práticas colaborativas enquanto ferramentas concretizadoras do acesso à justiça. Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça. v. 6. n. 2. p. 18–35. jul.-dez. 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/7156> Acesso em 31 mai. 2022.

Em sede jurisprudencial o STJ no Recurso Especial nº 1.579.321/SP, publicado em 21.2.2018, reconheceu a sanção premial travestida em “bônus pontualidade” em que uma universidade concede desconto em sua mensalidade ao estudante que realizar o pagamento antecipado, dispensando o entendimento de ‘multa camuflada’, caso ultrapasse a data estipulada para a concessão do ‘bônus’.

O STJ entendeu que o inadimplemento não se confunde com o desconto de pontualidade que tem por objetivo premiar àquele que adota conduta esperada pelo legislador.

Silvio Venosa pondera que os avanços da sociedade cada vez mais virtualizada apontam para a necessidade de constantes inovações com a prática de soluções arrojadas, diversas das tradicionais, a serem aplicadas pelos operadores do Direito³⁵.

O incentivo à premiação é uma tendência no Direito no tratamento do conflito para gerar decisões mais equilibradas e evitar a reincidência da demanda

Considerações Finais

O conceito de acesso à justiça evoluiu e os incrementos tecnológicos aplicados ao meio jurídico permitem facilitar a solução do conflito com agilidade, embora o ordenamento jurídico brasileiro, baseado no *civil law*, não comporte a imposição de condicionantes orientadas à submissão prévia da tentativa de construção extrajudicial do consenso como condicionante ao acesso à justiça, sob pena de frontal violação a direitos fundamentais.

Contudo, soluções criativas podem ajudar a equacionar a crise do Judiciário, a partir da adoção de medidas de estímulo à construção do consenso, já que a sociedade vive um momento de transformação social, de evolução, de busca por agilidade por uma justiça mais equitativa e mais acessível.

A adoção de métodos adequados de solução de controvérsias pode ajudar na desobstrução da Justiça.

Em que pese as tecnologias disruptivas, é necessário o monitoramento do Judiciário para evitar acordos casuísticos muitas vezes eivados de nulidades em que o consumidor acaba fazendo concessões que extrapolam os direitos fundamentais.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem atuando para trazer alternativas à sociedade como é o exemplo a Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro - PDPJ-Br, criada pela Resolução CNJ nº 335/2020, em que visa preservar a integridade e a

³⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Sanção premial**. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/298207/sancao-premial> acesso em: 31 mai. 2022.

confidencialidade de dados que transitam no Judiciário, como forma de atribuir maior equilíbrio e segurança jurídica aos acordos, mitigando os impactos de algoritmos abusivos, evitando assim a retroalimentação judicial.

Alinhado a isso, percebe-se na Resolução CNJ n° 332/2020, a preocupação do CNJ em conjugar os benefícios da Inteligência Artificial nos sistemas judiciais à proteção os direitos humanos constitucionais. E também, o CNJ com a Resolução CNJ n° 363/2021, demonstrou estar atento à vigência da Lei ° 13.709/2018 (LGPD) ao determinar que os tribunais adequem o tratamento dos dados transitados em suas plataformas virtuais, com o intuito de promover e fomentar a liberdade, a privacidade e o bem-estar dos jurisdicionados.

A desjudicialização pode ser estimulada pela adoção de sanções premiais tendentes a construir a melhor alternativa na tomada de decisão para consolidar o acordo, evitando-se, assim, escalonar o conflito ao Judiciário. As sanções premiais também têm espaço e potencial para desobstruir o acesso à justiça com o estabelecimento de prêmio ainda no curso da demanda, abreviando-se o processo judicial.

É fundamental o estímulo aos métodos consensuais digitais para solucionar conflitos consumeristas de menor complexidade para a efetivação do acesso à justiça. A busca da consensualidade é desafiadora, mas não impossível quando os esforços convergem para a construção de uma cultura de paz.

Referências

- VENOSA, Silvio de Salvo. Sanção premial. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/298207/sancao-premial> acesso em: 31 mai. 2022
- CURY, Cesar Felipe et al. Mediação. In: DIDIER JR., Fredie. (coord.) Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. n. 26. Rio Grande do Sul: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, 2006.
- WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: Conciliação e Mediação: Estruturas da Política Judiciária. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 02. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf> Acesso em: 07 ago. 2023.
- DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. Acesso à justiça, retroalimentação e flexibilização procedimental nos juzados especiais estaduais. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.
- WATANABE, Kazuo. São Paulo. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf> Acesso em: 07 ago. 2023.

- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro, in *RT*, v. 735. p. 40.
- SANDER, Frank. *The proud confederence: perspectives on justice in the future*. St. Paul Minn.: West Pub. Co., 1979 Disponível em: <https://searchworks.stanford.edu/view/1752776> Acesso em: 27 ago. 2023.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- COSTA E SILVA, Paula. *A nova face da justiça. Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra editora, 2009.
- MAZZOLA, Marcelo. *Sanções premiais no processo civil: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standars) para sua fixação judicial*. São Paulo: JusPodivum, 2022. p. 75.
- CARNELUTTI, Francesco. *A arte do direito*. 4 ed. Campinas: Bookseller, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função - novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.
- SPENGLER, Fabiana Marion. DORNELLES, Maini. SCHAEFER, Rafaela Matos Peixoto. *Novos paradigmas: práticas colaborativas enquanto ferramentas concretizadoras do acesso à justiça*. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*. v. 6. n. 2. p. 18–35. jul.-dez. 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/7156> Acesso em 31 mai. 2023.
- ARBIX, Daniel do Amaral. *Resolução Online de Controvérsias*. São Paulo: Intelecto, 2017.
- SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of justice*. USA: Oxford University Press, 2019.

O Papel do Agronegócio Brasileiro na Garantia do Direito à Alimentação Frente ao Direito de Sustentabilidade e Proteção ao Meio Ambiente

The role of Brazilian Agribusiness in guaranteeing the right to food vs the right to sustainability and environmental protection

Renato Silveira Gonçalves Júnior¹

Murilo Couto Lacerda²

Sumário: 1. A formação do Estado Democrático de Direito no Brasil e a proteção à dignidade da pessoa humana; 2. O direito à alimentação e a importância do agronegócio brasileiro para sua efetivação; 3. O direito de sustentabilidade e proteção ao meio ambiente ligado à produção agropecuária brasileira; Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho visa analisar o papel do agronegócio brasileiro como um importante contribuinte para efetividade do direito à alimentação a nível mundial, para que projetos como o Fome Zero até 2030 pela ONU possam ser uma realidade, frente às suas práticas de produção agropecuária que podem causar a poluição e a degradação do solo, da água e do ar, atingindo o direito fundamental de sustentabilidade e proteção ao meio ambiente. Diante disso, surge o seguinte problema de pesquisa: como conciliar a proteção à dignidade da pessoa humana pelo seu direito à alimentação frente ao direito de sustentabilidade e proteção ao meio ambiente? Assim, se caracteriza em um estudo doutrinário, jurisprudencial e documental, a fim de que ambos direitos fundamentais coexistam harmonicamente e seja assegurado às populações do presente e futuro a dignidade da pessoa humana. Com o objetivo geral de estudar como o agronegócio brasileiro pode garantir o direito humano à alimentação ligado à sustentabilidade, possuindo os seguintes objetivos específicos: a) compreender a evolução histórica da proteção a dignidade da pessoa humana e a formação do Estado Democrático de Direito; b) analisar a formação do direito de alimentação no Brasil; c) observar como surge a discussão e proteção do meio ambiente e sustentabilidade; d) apontar a relação do agronegócio brasileiro com direitos fundamentais. Disto, vislumbra-se uma contribuição com a doutrina e a jurisprudência sobre a importância e a necessidade de manutenção da segurança jurídica nas decisões em demandas relacionadas ao agronegócio, que pode ser considerado um dos maiores garantidores na efetiva proteção à dignidade da pessoa humana em todo o planeta, devendo ser incentivada a promoção de medidas/ideias para o aumento da produção alimentícia de maneira sustentável.

Palavras-chave: Agropecuária; Direito à alimentação; Sustentabilidade, Meio-ambiente.

Abstract: The present work aims to analyze the role of Brazilian agribusiness as an important contributor to the effectiveness of the right to food worldwide. So that projects such as Zero Hunger until 2030 by the UN can be a reality, given its agricultural production practices that can cause pollution and degradation of soil, water and air, affecting the fundamental right of sustainability and protection of the environment. In view of this, in this research problem arises: how to combine the protection of the dignity of the human person by his right to food against to sustainability and protection of the environment? Thus, it is characterized in

¹ Graduando no curso de Direito da Universidade de Rio Verde (UNIRV) e investigador no programa de Iniciação Científica – PIBIC/UniRV. E-mail: renato.gonjr@icloud.com

² Doutor em Direito pelo Uniceub, mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC-GO, professor titular do curso de Direito da Universidade de Rio Verde (UNIRV). E-mail: murilo.couto@unirv.edu.br

a doctrinal, jurisprudential and documentary study, so that both fundamental rights coexist harmoniously and the dignity of the human person is assured to the populations of the present and future. With the general objective of studying how Brazilian agribusiness can guarantee the human right to food linked to sustainability, having the following specific objectives: a) understand the historical evolution of the protection of human dignity and the formation of the Democratic State of Law; b) analyze the formation of the right to food in Brazil; c) observe how the discussion and protection of the environment and sustainability arises; d) point out the relationship between Brazilian agribusiness and fundamental rights. From this, a contribution can be seen with the doctrine and jurisprudence on the importance and the need to maintain legal certainty in decisions on claims related to agribusiness, which can be considered one of the greatest guarantees in the effectiveness of the protection of the human person throughout the world. Planet, and the promotion of measures/ideas to increase food production in a sustainable manner should be encouraged.

Keywords: Agriculture; Right to food; Sustainability, Environment.

1. A Formação do Estado Democrático de Direito no Brasil e a Proteção à Dignidade da Pessoa Humana

Primeiramente ressalta-se que existem diversas teorias acerca do que se trata o Estado, mas em suma é caracterizado como um fenômeno social, político e jurídico, onde a vida de determinada população se desenvolve³, formado por território, povo, soberania e governo.

Vejamos que dentro do Estado sempre existiu a constituição material, mas que através de movimentos do século XVII na Inglaterra e do século XVIII nos Estados Unidos e na França temos o surgimento do constitucionalismo, com o objetivo de limitar, estruturar e organizar, ou seja, uma ideia de supremacia da lei, fazendo com que a constituição, até então, deixasse de se caracterizar pelo “modo de ser” e passasse para um “ato constitutivo” do povo.⁴

Assim, avançando na compreensão desses movimentos históricos, temos como marco inicial do constitucionalismo o Estado Liberal no século XVIII, em razão da Revolução Francesa (1789 – 1799). Seguido do Estado Social, em meados do século XIX ao século XX, pelo fortalecimento das classes operárias e dos desafios econômicos provenientes da Primeira Guerra Mundial (1914 - 1918). E, por fim, dentre as últimas décadas do século XX até a atualidade com a formação do Estado Democrático de Direito, que fora trabalhado no Brasil pela primeira vez na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.⁵

³ RANIEIRI, Nina. *Teoria do Estado: Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. 3. ed. São Paulo: Almedina, 01 mar. 2023.

⁴ NETTO, Elisa Rocha Teixeira. *Constitucionalismo e suas concepções. Conteúdo Jurídico: Direito Constitucional*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 set. 2022. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/59135/constitucionalismo-e-suas-concepcoes>. Acesso em: 12 jul. 2023.

⁵ MORAES, Ricardo Quartim de. *A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente*. Revista de informação legislativa, v. 51, n. 204, p. 269-285, 2014.

Desse modo, pautado nas ideias pós-positivistas, o neoconstitucionalismo consagra a introdução materialista nas constituições que confere aos princípios e valores morais maior importância no ordenamento jurídico, como uma resposta às atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial (1939 -1945), estreitando o relacionamento entre a moral e o direito.⁶

Nessa esteira, a Carta Magna de 1988 dispõe em seu primeiro artigo que constitui-se em Estado Democrático de Direito e segue no seu inciso terceiro mencionando que possui como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana⁷, colocando o ser humano como a base, o esteio e o eixo principal do universo jurídico, respaldando todo o constitucionalismo contemporâneo, compreendendo a pessoa em seu sentido unitário e, por essa condição de singularidade, resplandecendo sua proteção à uma vida digna.⁸

Diante da importância desse princípio, o Estado ordena respeito integral ao ser humano, tendo que só será possível alcançar sua plenitude com a efetiva garantia do direito de sustentabilidade e proteção ao meio ambiente⁹ alinhado ao direito de alimentação, para que a humanidade alcance a paz e a felicidade.

Partindo para essa premissa, no tocante ao direito de alimentação, sua nomenclatura e proteção ganham mais credibilidade após a criação da ONU em 1945, fundamentando, inclusive, a criação da emenda à constituição nº 64¹⁰, datada em 04 de fevereiro de 2010, alterando a redação do artigo 6º e consagrando o termo “alimentação” como um direito social.

Nesse ínterim, o direito de sustentabilidade e proteção ao meio ambiente foi declarado como um direito fundamental pela Constituição de 1988, que vem sendo amplamente debatido pelas organizações internacionais nas últimas décadas, com o fulcro de conter o avanço/aumento das degradações e mudanças climáticas.

Perlustra-se que para atingirmos a efetividade do direito à alimentação em nível mundial, onde projetos como o Fome Zero até 2030 pela ONU sejam uma realidade, é necessário um aumento exponencial da produção agropecuária, voltando-se os olhos especialmente para o Brasil com sua extensa e propícia área de plantação e criação, desde que

⁶ CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra de. *O Pós-Positivismo como pressuposto filosófico do neoconstitucionalismo*. Teorias do Direito e Realismo Jurídico, v. 2, n. 2, p. 127-148, 2016.

⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jul. 2023.

⁸ SARLET, Wolfgang Ingo. *A dignidade da pessoa humana*. Revista de Direito Administrativo, v. 212, p. 84-94, 1998.

⁹ BATTALINI, Claudemir. *Direito ambiental constitucional: a dignidade da pessoa humana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com o direito fundamental*. Unianchieta, 2015. Revista de Direito, ano 15, n. 23.

¹⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Emenda Constitucional nº64, de 04 de fevereiro de 2010*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc64.htm. Acesso em: 19 jul. 2023.

seja observada a garantia do direito fundamental de sustentabilidade e proteção ao meio ambiente, já que algumas práticas ligadas a agricultura e pecuária podem causar a poluição e degradação do solo, da água e do ar, bem como aumento do efeito estufa.

Portanto, à luz da proteção à dignidade da pessoa humana, seus debates e discussões ramificam-se em outros direitos fundamentais que acabam entrando em conflito, sendo o ponto nevrálgico desse imbróglio que: de um lado temos o direito fundamental à alimentação com o objetivo de que todos no planeta tenham condições de se alimentarem diariamente, e, de outro lado, temos um embate com o direito à sustentabilidade e proteção ao meio ambiente, para que essas e as próximas gerações tenham condições de sobreviverem em um planeta minimamente “saudável”.

2. O Direito à Alimentação e a Importância do Agronegócio Brasileiro para sua Efetivação

O direito fundamental à alimentação possui uma dimensão positiva, para que o Estado propicie o bem-estar-social, classificando-se como um direito de crédito onde o cidadão passa a ser credor de prestações sociais, que se transpôs para uma responsabilidade de alcance universal¹¹, constituindo-se em um direito humano, que na inteligência do artigo 5º da Declaração e Programa de Ação de Viena são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados.¹²

Vislumbra-se que a ideia de segurança alimentar está intrinsecamente ligada ao contexto da Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945), onde grandes nações notaram a necessidade de garantirem estoques de alimentos caso ocorresse uma nova guerra, tornando-se imprescindível um rápido aumento de produtividade na agricultura global, originando a “Revolução Verde¹³ nos países em desenvolvimento, destacando-se o Brasil com seu clima favorável, extensa área produtiva e abundância em água, requisitos indispensáveis para uma boa produção agropecuária.

Desse modo, o conceito de Segurança Alimentar e Nutricional – SAN se difunde em todos os continentes do globo, visando o acesso de alimentos com qualidade e quantidade suficientes, mediante práticas sustentáveis, sendo a base para desenvolvimento de diversas

¹¹ CARVALHO, Osvaldo. O direito fundamental à alimentação e sua proteção jurídico-internacional. In: ESTORNINHO, Maria João. *Direito da alimentação*. Universidade de Lisboa: [s. n.], 2013. p. 47 - 80. ISBN 978-989-97834-5-4.

¹² DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA. In: *Conferência Mundial sobre Direitos Humanos*. 1993. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf. Acesso em: 30 jul. 2023.

¹³ GUITARRARA, Paloma. *Revolução Verde*, UOL. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/a-revolucao-verde.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.

legislações especiais, a exemplo da Lei nº 11.346/06 que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN, com vistas em assegurar o direito humano à alimentação.¹⁴

Nesse sentido, conforme mencionado no capítulo anterior, a introdução do termo “alimentação” como um direito social na Constituição Federal de 1988 ocorre apenas como uma mera formalidade, visto que se mostrava como um direito inerente à pessoa humana.

Ademais, o Brasil como um dos países fundadores da ONU (Organização das Nações Unidas) também está ligado à FAO (*Food and Agriculture Organization*), uma agência especializada no intuito de combate à fome, através da segurança alimentar e desenvolvimento agrícola sustentável, para que todas as pessoas tenham uma quantidade mínima e regular de alimentos diariamente¹⁵, por isso temos que desde 1945 o país faz parte de um grupo que trata a alimentação como um direito à vida.

Acontece que, até o presente momento essas organizações não conseguiram extirpar a fome, pois, conforme dados da ONU, cerca de 800 milhões de pessoas espalhadas pelo planeta sofrem com algum tipo de insegurança alimentar, números esses que podem vir a crescer nas próximas décadas¹⁶, ante as projeções de aumento populacional em diversos países, especialmente no continente africano.

Destaca-se que a criação da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa) no ano de 1973, com o fito de desenvolver tecnologia ligada ao campo¹⁷, alinhada à estudos científicos de diversas universidades, juntamente com o incentivo de crédito público e a abertura para crédito privado para os produtores rurais, fizeram com que o Brasil se tornasse um grande detentor de tecnologia produtiva e, conseqüentemente, um dos maiores produtores de alimentos no mundo.¹⁸

Temos que esse setor ganhou papel de destaque na economia brasileira, de modo que o Produto Interno Bruto (PIB) do agronegócio chegou a US\$500 bilhões, valor equivalente

¹⁴ BRASIL. Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006. *Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111346.htm. Acesso em 30 jul. 2023.

¹⁵ LIMA, Natália Valadares. *Organização das nações unidas para agricultura e alimentação – FAO. Gestrado, UFMG*. Disponível em: <https://gestrado.net.br/verbetes/organizacao-das-nacoes-unidas-para-agricultura-e-alimentacao-fao/>. Acesso em: 26 jul. 2023.

¹⁶ ONU. *Número de pessoas afetadas pela fome sobe para 828 milhões em 2021*. ONU, 06 jul. 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/189062-numero-de-pessoas-afetadas-pela-fome-sobe-para-828-milhoes-em-2021>. Acesso em: 26 jul. 2023.

¹⁷ EMBRAPA. *Sobre a Embrapa* [s.d.]. Disponível em: <https://www.embrapa.br/sobre-a-embrapa>. Acesso em: 29 jul. 2023

¹⁸ MAGNANTE, Luiz Henrique. *Ciência e tecnologia tornaram o Brasil um dos maiores produtores mundiais de alimentos*. Embrapa, 2022. Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/75085849/ciencia-e-tecnologia-tornaram-o-brasil-um-dos-maiores-produtores-mundiais-de-alimentos>. Acesso em: 29 jul. 2023.

ao PIB de toda a Argentina¹⁹, e como exemplo dessa grande produtividade, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE²⁰, na pecuária brasileira em 2022 foram abatidos 29,80 milhões de cabeças de bovinos, enquanto o abate de frangos fora de 6,11 bilhões de cabeças e a de suínos superando 56 milhões de cabeças abatidas. E que a produção de leite cru acumulada no ano foi de 23,85 bilhões de litros, enquanto a de ovos foi de 4,06 bilhões de dúzias.

Ademais, no campo da agricultura, conforme pesquisas da Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB²¹, a produção de grãos no Brasil no ciclo 2022/2023 está estimada em mais de 312 milhões de toneladas, significando um aumento de 15% em relação ao ciclo 2021/2022.

Ressalta-se que esses alimentos produzidos em larga escala abastecem o mercado interno e externo, de modo que o país sozinho é responsável por alimentar mais de 1 bilhão de pessoas por ano²², ou seja, uma a cada oito pessoas no planeta só possuem condições de realizar refeições diárias graças ao Brasil.

Portanto a produção brasileira de alimentos além de aumentar a economia, que, por conseguinte, acaba elevando a qualidade de vida da população, também é responsável para que milhões de pessoas tenham comida em suas mesas, podendo dizer que, atualmente, dentre as outras nações do mundo, é o maior contribuinte para efetividade do direito de alimentação, proteção à dignidade da pessoa humana e parceiro da FAO no combate à fome.

3. O Direito de Sustentabilidade e Proteção ao Meio Ambiente Ligado à Produção Agropecuária Brasileira

Ao adentrar neste tópico é preciso fazer uma análise histórica dos últimos 300 anos, iniciando-se com a Primeira Revolução Industrial datada na metade do século XVIII, que inovou e aperfeiçoou os meios de produção pela utilização de máquinas a vapor, alavancando a indústria têxtil e metalúrgica, consagrando uma passagem do sistema doméstico para o de

¹⁹ ESTADÃO CONTEÚDO. *Agronegócio no Brasil equivale ao PIB da Argentina*. Canal Rural, 2023. Disponível em: <https://www.canalrural.com.br/noticias/agricultura/agronegocio-no-brasil-equivale-ao-pib-da-argentina/>. Acesso em: 29 jul. 2023.

²⁰ IBGE. *Abate de bovinos volta a subir e produção de ovos de galinha bate recorde em 2022*. Agência IBGE Notícias. Editora Estatísticas Econômicas, 2022. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/36459-abate-de-bovinos-volta-a-subir-e-producao-de-ovos-de-galinha-bate-recorde-em-2022>. Acesso em: 29 jul. 2023.

²¹ CONAB. *Produção de grãos está estimada em 312,5 milhões de toneladas na safra 2022/23*. Últimas Notícias, 2023. Disponível em: <https://www.conab.gov.br/ultimas-noticias/4971-producao-de-graos-esta-estimada-em-312-5-milhoes-de-toneladas-na-safra-2022-23>. Acesso em: 29 jul. 2023.

²² CANAL RURAL. *Brasil alimenta 1 bilhão de pessoas anualmente*. Notícias, 2021. Disponível em: <https://www.canalrural.com.br/noticias/brasil-alimenta-1-bilhao-de-pessoas-anualmente-diz-glauber-silveira/>. Acesso em: 29 jul. 2023.

fábricas²³, havendo, ainda, discussões de historiadores quanto a existência de uma segunda e terceira revolução industrial nas décadas seguintes, mas em suma caracterizadas pelo avanço da produção industrial em diversas áreas como da eletricidade, automotiva e petrolífera.

Vejamus que a Revolução Industrial tem origem na Inglaterra, difundindo-se aos demais países europeus e ao norte da América, que cada vez mais ambiciosos em atender o consumo exacerbado e almejando maiores lucros financeiros (fomentando mais à frente o nascimento do capitalismo como conhecemos atualmente), avançam suas indústrias sobre florestas, rios e córregos, sem medir as consequências que a exploração e extração dos recursos naturais para industrialização acarretariam ao planeta.

Acerca disso, seguindo uma ordem cronológica com alguns momentos importantes, para a compreensão da crise ambiental que se desenvolveu, observamos que no ano de 1712 Thomas Newcomen inventa o primeiro motor movido a vapor para ser utilizado na indústria, em 1861 o físico John Tyndall prova que o vapor d'água e outros gases são os principais responsáveis pelo efeito estufa, em 1938 o engenheiro Guy Callendar mostra que houve um aumento da temperatura do planeta em comparação ao século anterior e que em 1965 uma comissão de aconselhamento à presidência dos Estados Unidos realiza um alerta sobre o efeito estufa e seus riscos, com um grau preocupante.²⁴

Dentre todos esses e outros momentos históricos sobre a crescente mudança climática nos últimos séculos, evidenciando que caso nenhuma medida fosse tomada poderia levar o mundo ao colapso, temos em 1972 a realização da primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, na capital da Suécia, reunindo 113 países que criaram a Declaração de Estocolmo, com 26 princípios, e o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA)²⁵, de modo que o direito ao meio ambiente equilibrado passou a ser considerado um direito fundamental no âmbito internacional.

No Brasil, o direito ao meio ambiente passa por uma remodelagem e desenvolvimento significativo na década de 70, após a mencionada Conferência de Estocolmo, com isso a CRFB/88 traz expressamente a proteção desse direito na redação do artigo 225, senão vejamos:

²³ SANTOS, Lenalda Andrade. *A revolução industrial*. História Contemporânea I, 2011. Disponível em: https://cesad.ufs.br/ORBI/public/uploadCatalogo/08395302122015Historia_Contemporanea_I_Aula_4.pdf. Acesso em: 30 jul. 2023.

²⁴ BLACK, Richard. *Uma cronologia da mudança climática no mundo*. BBC News Brasil, 2013. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/09/130927_cronologia_mudancas_climaticas. Acesso em: 31 jul. 2023.

²⁵ CETESB. *Conferência de Estocolmo*. São Paulo Governo do Estado, [s.d.]. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/proclima/conferencias-internacionais-sobre-o-meio-ambiente/estocolmo/>. Acesso em: 31 jul. 2023.

“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”

A partir disso temos um marco histórico, legitimando o meio ambiente saudável como um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, sendo inerente a ele princípios e normas que buscam a proteção, preservação, precaução, conservação e reequilíbrio ambiental através de práticas sustentáveis, para conter o avanço do efeito estufa, mudanças climáticas, degradação do solo, água e ar.

Frisa-se que a preservação ambiental está adstrita em proteger a natureza das ações humanas, sem relacionar-se com questões econômicas, mas que diante do crescimento vertical do agronegócio é possível a implementação de práticas sustentáveis pelos produtores rurais, obtendo a produção de alimentos com lucros e preservando o meio ambiente para as futuras gerações.²⁶

Destaca-se que países da União Europeia apresentaram em maio de 2020 o Pacto Ecológico Europeu e a estratégia “*Farm to Fork*”, para que se reorientem quanto ao seu sistema agrícola, estimulando padrões sustentáveis que reduzam as emissões de GEEs, uso de pesticidas e fertilizantes²⁷, denotando-se a urgência para que o direito de sustentabilidade e proteção ao meio ambiente seja efetivado e consigam conter o avanço catastrófico das mudanças climáticas.

Ademais, em 28 de julho de 2022, o Conselho de Direitos Humanos da ONU reconheceu pela primeira vez que ter o meio ambiente limpo, saudável e sustentável é um direito humano, sendo um grande salto para sua consolidação, conforme destacou a diretora executiva do Programa de Meio Ambiente da ONU (PNUMA), Inger Andersen, ante “o peso da tríplice crise planetária: a crise das mudanças climáticas, a crise da perda da biodiversidade e a crise da poluição ambiental”.²⁸

Não obstante, as falas do secretário-geral da ONU, António Guterres, em 27 de julho de 2023 em entrevista para jornalistas de Nova Iorque, vem causando terror ao afirmar que “a era da ebulição global chegou”, como um patamar acima do já conhecido “aquecimento global”, haja visto que diversos países nos últimos meses tiveram temperaturas jamais

²⁶ FERREIRA, Rildo Mourão; MORAIS, Kamylla Almeida Rosa. *A expansão e desenvolvimento agrícola no estado de Goiás: a preservação ambiental e a influência da tecnologia no agronegócio*. Revista Portuguesa de Ciências Jurídicas, v. 1, n. 01, p. 30-46, 2020.

²⁷ MERIDA, Carolina; LACERDA, Murilo Couto. Pacto ecológico europeu, 'farm to fork' e o agronegócio brasileiro: principais desafios. In: VEIGA, Fabio da Silva; BRITO, Paulo de (Coords.). *III Congresso Internacional sobre o Futuro do Direito - III FUTURE LAW*. 3ed., 2022, v. III, p. 223-233.

²⁸ NARDOCCI, Adelaide C. *Resolução da ONU declara o ambiente saudável e sustentável como um direito humano*. USP, 2022. Disponível em: <https://www.fsp.usp.br/site/noticias/mostra/36698>. Acesso em: 03 ago. 2023.

alcançadas, causando incêndios em florestas da Grécia, mortes por calor no México e registro de mais de 50°C em uma cidade chinesa.²⁹

Diante disso, a mudança climática, a poluição e a perda de biodiversidade atingem milhares de pessoas atualmente e acarretará na possível inexistência de um planeta seguro para que as gerações futuras sobrevivam.

Nessa senda vemos uma preocupação com a produção agropecuária brasileira, pois o país está em 4º lugar no ranking de maiores poluentes pela emissão de gases, conforme o levantamento feito pelo *Carbon Brief*, que também divide o total acumulado por país em suas emissões de acordo com o uso de combustível fóssil ou de mudança no uso da terra e silvicultura³⁰, sendo este último a principal causa do Brasil ocupar esta posição.

Dessa análise, das emissões brasileiras de Gases de Efeito Estufa (GEE), se faz necessário dividi-la em alguns setores, no qual destacamos dois principais: i) a agropecuária; e ii) as mudanças de uso da terra e florestas. O primeiro contabiliza a fermentação entérica, popular “arroto do boi”, o manejo de dejetos, o cultivo de arroz e a queima de resíduos agrícolas, que em 2020 totalizaram a emissão de 577 milhões de toneladas de CO₂ na atmosfera. Na sequência, as mudanças no uso da terra pelo desmatamento e queimadas na Amazônia, Cerrado e outros biomas, foram responsáveis pela liberação de 998 milhões de toneladas de CO₂.³¹

Assim, demonstra-se que algumas práticas ligadas à produção agropecuária brasileira fomentaram o aumento do aquecimento global, em vista de suas emissões de gases de efeito estufa, colocando o Brasil como um dos maiores poluentes do mundo em dados colhidos de 1850 até 2021, indo na contramão do direito fundamental e humano para que todos possuam um meio ambiente saudável e sustentável.

Considerações Finais

Em tempos de conclusão, não existe um posicionamento firmado no âmbito nacional e/ou internacional de qual objetivo desses dois direitos fundamentais seria mais importante ou carente de maior proteção: alimentar ou cuidar do meio ambiente de maneira sustentável.

²⁹ DICKIE, Gloria. *‘A era da ebulição global chegou’ afirma secretário-geral da ONU*. Folha de S.Paulo, 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2023/07/a-era-da-ebulicao-global-chegou-afirma-secretario-geral-da-onu.shtml>. Acesso em: 04 ago. 2023.

³⁰ EVANS, Simon. *Analysis: Which countries are historically responsible for climate change?*. CarbonBrief, 2021. Disponível em: carbonbrief.org/analysis-which-countries-are-historically-responsible-for-climate-change/. Acesso em: 04 ago. 2023

³¹ SEEG. *Análise das emissões brasileiras de gases de efeito estufa estuda suas implicações para as metas climáticas do Brasil 1970 – 2020*. SEEG, 2021. Disponível em: https://seeg-br.s3.amazonaws.com/Documentos%20Analiticos/SEEG_9/OC_03_relatorio_2021_FINAL.pdf. Acesso em: 04 ago. 2023.

É uma questão complexa, nos leva ao exame de que precisamos alavancar a produção global de alimentos em mais de 15% nos próximos meses para atender a população atual, afinal, a dor da fome assola diversas famílias com crianças, idosos e grávidas diariamente, perfazendo-se necessária a continuidade do aumento de comida em relação à variação diretamente proporcional do acréscimo populacional, para que só assim conseguíssemos extinguir de vez a fome mundial.

Entretanto, isso poderá acarretar na interferência massiva de nosso bem-estar e possibilidade de sobreviver no mundo, já que a agricultura de maneira intensiva possui impactos significativos no meio ambiente, incluindo a degradação do solo, água e ar, a perda de biodiversidade e a emissão de gases de efeito estufa, ocasionando diversas mudanças climáticas, que se resultam em catástrofes ambientais.

Do trabalho, verifica-se que é preciso encontrar alguma maneira para que ambos direitos fundamentais coexistam harmonicamente, buscando soluções que equilibrem essas duas necessidades e minimizem os impactos negativos que podem vir a desempenhar.

Para tanto, se mostram atrativas a adoção de práticas agrícolas sustentáveis que reduzam a degradação ambiental e promovam o aumento da produção de alimentos, o que já conhecemos como a chamada agropecuária de precisão, e, no campo filosófico e estudioso, a conscientização populacional para redução do desperdício alimentar.

Como exemplo disso, o investimento em tecnologias verdes, energias renováveis e a possibilidade de se utilizar a nanotecnologia no campo, favorecendo a agropecuária de precisão, potencializando a produção, melhorando o produto, reduzindo custos e diminuindo os impactos sobre o meio ambiente.³²

Portanto, tem-se que é possível concomitar a proteção à dignidade da pessoa humana pelo seu direito à alimentação frente ao direito de sustentabilidade e proteção ao meio ambiente, desde que seja realizada uma interação consciente e ordenada pelos poderes públicos dos países, com a regulação de novos meios científicos para pesquisa, o incentivo fiscal e de crédito para implemento de tecnologias verdes, bem como a redução do desperdício de alimentos na colheita, no transporte e ao chegar para consumo, a fim de que o direito fundamental de alimentação seja efetivado e ao mesmo tempo que o meio ambiente seja preservado para que as próximas gerações desfrutem de um mundo saudável e com bem-estar.

³² GONÇALVES JÚNIOR, Renato Silveira; LACERDA, Murilo Couto. A regulação da nanotecnologia e a evolução para a agropecuária de precisão. In: *Colóquio de Direito do Agronegócio e Desenvolvimento e Pesquisa e III Internacional. Anais, Rio Verde (GO)*. UniRV, 2022. Disponível em: <https://www.even3.com.br/anais/v-codad-2022-293757/590444-A-REGULACAO-DA-NANOTECONOLOGIA-E-A-EVOLUCAO-PARA-A-AGROPECUARIA-DE-PRECISAO>. Acesso em: 06 ago. 2023.

Referências Bibliográficas

BATTALINI, Claudemir. *Direito ambiental constitucional: a dignidade da pessoa humana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com o direito fundamental*. Unianchieta, 2015. Revista de Direito, ano 15, n. 23.

BLACK, Richard. *Uma cronologia da mudança climática no mundo*. BBC News Brasil, 2013. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/09/130927_cronologia_mudancas_climaticas. Acesso em: 31 jul. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Emenda Constitucional nº64, de 04 de fevereiro de 2010*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc64.htm. Acesso em: 19 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006. *Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111346.htm. Acesso em 30 jul. 2023.

CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra de. *O Pós-Positivismo como pressuposto filosófico do neoconstitucionalismo*. Teorias do Direito e Realismo Jurídico, v. 2, n. 2, p. 127-148, 2016.

CANAL RURAL. *Brasil alimenta 1 bilhão de pessoas anualmente*. Notícias, 2021. Disponível em: <https://www.canalrural.com.br/noticias/brasil-alimenta-1-bilhao-de-pessoas-anualmente-diz-glauber-silveira/>. Acesso em: 29 jul. 2023.

CARVALHO, Osvaldo. O direito fundamental à alimentação e sua proteção jurídico-internacional. In: ESTORNINHO, Maria João. *Direito da alimentação*. Universidade de Lisboa: [s. n.], 2013. p. 47 - 80. ISBN 978-989-97834-5-4.

CETESB. *Conferência de Estocolmo*. São Paulo Governo do Estado, [s.d.]. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/proclima/conferencias-internacionais-sobre-o-meio-ambiente/estocolmo/>. Acesso em: 31 jul. 2023.

CONAB. *Produção de grãos está estimada em 312,5 milhões de toneladas na safra 2022/23*. Últimas Notícias, 2023. Disponível em: <https://www.conab.gov.br/ultimas-noticias/4971-producao-de-graos-esta-estimada-em-312-5-milhoes-de-toneladas-na-safra-2022-23>. Acesso em: 29 jul. 2023.

DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA. In: *Conferência Mundial sobre Direitos Humanos*. 1993. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf. Acesso em: 30 jul. 2023.

DICKIE, Gloria. *'A era da ebulição global chegou' afirma secretário-geral da ONU*. Folha de S.Paulo, 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2023/07/a-era-da-ebulicao-global-chegou-afirma-secretario-geral-da-onu.shtml>. Acesso em: 04 ago. 2023.

EMBRAPA. *Sobre a Embrapa* [s.d.]. Disponível em: <https://www.embrapa.br/sobre-a-embrapa>. Acesso em: 29 jul. 2023

ESTADÃO CONTEÚDO. *Agronegócio no Brasil equivale ao PIB da Argentina*. Canal Rural, 2023. Disponível em: <https://www.canalrural.com.br/noticias/agricultura/agronegocio-no-brasil-equivale-ao-pib-da-argentina/>. Acesso em: 29 jul. 2023.

EVANS, Simon. *Analysis: Which countries are historically responsible for climate change?*. CarbonBrief, 2021. Disponível em: carbonbrief.org/analysis-which-countries-are-historically-responsible-for-climate-change/. Acesso em: 04 ago. 2023.

FERREIRA, Rildo Mourão; MORAIS, Kamylla Almeida Rosa. *A expansão e desenvolvimento agrícola no estado de Goiás: a preservação ambiental e a influência da tecnologia no agronegócio*. Revista Portuguesa de Ciências Jurídicas, v. 1, n. 01, p. 30-46, 2020.

GONÇALVES JÚNIOR, Renato Silveira; LACERDA, Murilo Couto. A regulação da nanotecnologia e a evolução para a agropecuária de precisão. In: Colóquio de Direito do Agronegócio e Desenvolvimento e Pesquisa e III Internacional. Anais, Rio Verde (GO). UniRV, 2022. Disponível em: <https://www.even3.com.br/anais/v-codad-2022-293757/590444-A-REGULACAO-DA-NANOTECNOLOGIA-E-A-EVOLUCAO-PARA-A-AGROPECUARIA-DE-PRECISAO>. Acesso em: 06 ago. 2023.

GUITARRARA, Paloma. *Revolução Verde*, UOL. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/a-revolucao-verde.htm>. Acesso em: 22 jun. 2022.

IBGE. *Abate de bovinos volta a subir e produção de ovos de galinha bate recorde em 2022*. Agência IBGE Notícias. Editora Estatísticas Econômicas, 2022. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/36459-abate-de-bovinos-volta-a-subir-e-producao-de-ovos-de-galinha-bate-recorde-em-2022>. Acesso em: 29 jul. 2023.

LIMA, Natália Valadares. *Organização das nações unidas para agricultura e alimentação – FAO. Gestrado*, UFMG. Disponível em: <https://gestrado.net.br/verbetes/organizacao-das-nacoes-unidas-para-agricultura-e-alimentacao-fao/>. Acesso em: 26 jul. 2023.

MAGNANTE, Luiz Henrique. *Ciência e tecnologia tornaram o Brasil um dos maiores produtores mundiais de alimentos*. Embrapa, 2022. Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/75085849/ciencia-e-tecnologia-tornaram-o-brasil-um-dos-maiores-produtores-mundiais-de-alimentos>. Acesso em: 29 jul. 2023.

MERIDA, Carolina; LACERDA, Murilo Couto. Pacto ecológico europeu, 'farm to fork' e o agronegócio brasileiro: principais desafios. In: VEIGA, Fabio da Silva; BRITO, Paulo de (Coords.). *III Congresso Internacional sobre o Futuro do Direito - III FUTURE LAW*. 3ed., 2022, v. III, p. 223-233.

MORAES, Ricardo Quartim de. *A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente*. Revista de informação legislativa, v. 51, n. 204, p. 269-285, 2014.

NARDOCCI, Adelaide C. *Resolução da ONU declara o ambiente saudável e sustentável como um direito humano*. USP, 2022. Disponível em: <https://www.fsp.usp.br/site/noticias/mostra/36698>. Acesso em: 03 ago. 2023.

NETTO, Elisa Rocha Teixeira. *Constitucionalismo e suas concepções. Conteúdo Jurídico: Direito Constitucional*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 set. 2022. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/59135/constitucionalismo-e-suas-concepcoes>. Acesso em: 12 jul. 2023.

ONU. *Número de pessoas afetadas pela fome sobe para 828 milhões em 2021*. ONU, 06 jul. 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/189062-numero-de-pessoas-afetadas-pela-fome-sobe-para-828-milhoes-em-2021>. Acesso em: 26 jul. 2023.

RANIEIRI, Nina. *Teoria do Estado: Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. 3. ed. São Paulo: Almedina, 01 mar. 2023.

SANTOS, Lenalda Andrade. *A revolução industrial*. História Contemporânea I, 2011. Disponível em: https://cesad.ufs.br/ORBI/public/uploadCatalogo/08395302122015Historia_Contemporanea_I_Aula_4.pdf. Acesso em: 30 jul. 2023.

SARLET, Wolfgang Ingo. *A dignidade da pessoa humana*. Revista de Direito Administrativo, v. 212, p. 84-94, 1998.

SEEG. *Análise das emissões brasileiras de gases de efeito estufa e suas implicações para as metas climáticas do Brasil 1970 – 2020*. SEEG, 2021. Disponível em: https://seeg-br.s3.amazonaws.com/Documentos%20Analiticos/SEEG_9/OC_03_relatorio_2021_FIN AL.pdf. Acesso em: 04 ago. 2023.

A Desgovernança das *Holdings* Rurais Familiares – Os Princípios de Gestão e a Função Social da Empresa

The Mismanagement of Family Rural Holdings – Managing Principles and the Companies' Social Function

Rogério Luiz Nery da Silva¹

Carolina Merida²

Karolyne Aparecida Lima Maluf,³

Sumário: 1 Introdução. 2 Os reveses da Empresa Familiar. 3 A Função Social da Holding Rural Familiar. 4 As Diretrizes da Boa Governança no Agronegócio. 5 Considerações Finais. Referências.

Resumo: O estudo adota como tema a *holding* rural familiar com foco nos desafios da governança em empresas rurais familiares. O problema de pesquisa investiga como o menosprezo dos instrumentos de governança, tanto corporativa quanto familiar, influenciam negativamente no desempenho das empresas familiares atuantes no agronegócio. A justificativa baseia-se nos prejuízos decorrentes da falta de observância dos princípios de governança no contexto empresarial familiar. O objetivo geral deste estudo é identificar o desembaraço jurídico necessário para promover o crescimento sustentável da atividade rural familiar, sob a perspectiva da governança. Para alcançar esse objetivo, foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos: a) analisar os aspectos e dificuldades das empresas familiares rurais; b) identificar as diretrizes de governança no agronegócio; c) conceituar a função social de uma *holding* rural; d) aplicar os princípios de governança e concomitantemente cumprir a função social de uma *holding* rural familiar. A pesquisa adota a metodologia dedutiva, pela aplicação da técnica de pesquisa qualitativa com investigação doutrinária e legislativa. A hipótese se dá pela adoção dos da estruturação, por meio dos instrumentos de governança, caso a família objetive a perenidade do seu negócio. O resultado sugere a implantação da governança corporativa e familiar como um meio para atingir um crescimento e desenvolvimento perene.

Palavras-chave: atividade rural; empresa familiar; gestão de empresa; holding rural familiar; holdings rurais.

Abstract: The study focuses on the rural family holding, specifically addressing the challenges of governance in family-owned rural businesses. The research problem investigates how the neglect of governance mechanisms negatively influences the

¹ Pós-Doutor Droits Fondamentaux (Université de Paris X). Doutor em Direito (Unesa). Professor-Doutor (Mestrado/Doutorado - Direito - UNOESC); Professor Mestrado Profissional (Direito do Agronegócio - UNIRV). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1275400369932255>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4317-5903>. E-mail: dr.nerydasilva@gmail.com.

² Pós-doutoranda na Universidad de Las Palmas de Gran Canarias (Espanha). Doutora em Direito Público (UNISINOS). Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento (PUC/GO). Pesquisadora e Professora do Quadro Permanente do Mestrado Profissional em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento da Universidade de Rio Verde. Procuradora do Município de Rio Verde. Advogada OAB-GO. E-mail: merida@unirv.edu.br.

³ Mestranda em Direito do Agronegócio (UNIRV). Especialista em Direito Tributário (UNIDBSCO), Direito Empresarial (FALEG) e Direito Público (Damásio). Graduada em Direito (UNIGRAN). Procuradora Jurídica de Chapadão do Céu, Goiás 2021-2023. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4218765110638103>. E-mail: karolyne_alm@hotmail.com.

performance of family businesses operating in the agricultural sector. The justification is based on the damages resulting from the lack of adherence to governance principles in the context of family businesses. The overall objective of this study is to identify the necessary legal framework to promote sustainable growth in rural family activities from a governance perspective. To achieve this objective, the following specific goals have been established: a) analyze the aspects and difficulties of rural family businesses; b) identify governance guidelines in agribusiness; c) conceptualize the social function of a rural holding company; d) apply governance principles while simultaneously fulfilling the social function of a family rural holding. The research adopts a deductive methodology through the application of qualitative research techniques with doctrinal and legislative investigation. The hypothesis is based on the adoption of governance principles. The results suggest the implementation of corporate and family governance to achieve enduring growth and development.

Keywords: rural activity; family business; company management; rural family holding; rural holdings.

1 Introdução

A presente investigação estuda como tema o tipo societário denominado *holding* aplicado às empresas familiares rurais, com especial atenção no modo de governança - corporativa ou familiar - aplicável a esse tipo empresarial. A *holding* tem logrado êxito e alcançado ampla utilização como esquema organizacional, consistente no controle de outras empresas, notadamente no contexto agroprodutor das atividades econômicas rurais.

A literatura jurídica diverge em relação à *holding*: ora a considera como uma estratégia de gestão, ora como uma forma de blindagem patrimonial. Por vezes, a gestão tipo *holding* é oferecida por certos mentores como uma solução pret-a-porter (receita pronta), apta a atender às demandas mais variadas da extensa gama de realidades vividas pelas empresas familiares. Tal presunção se mostra assaz equivocada, por deixar de considerar o cumprimento da função social empresarial que deve ser exercido pelas *holding*. Por certo, toda e qualquer análise que se pretenda profissional e confiável deve se dar com fiel observância a cada caso concreto, o que acaba por evitar generalizações simplistas, tão presentes nos dias atuais, em que se proliferam consultores descompromissados nas mais variadas áreas de atuação profissional.

O procedimento de criação e formalização de uma *holding* familiar é propenso a conflitos familiares, uma vez que qualquer forma de associação ou organização coletiva se baseia em relações pessoais. Não raras as vezes, as interações entre membros da família podem gerar o que é conhecido como “confusão afetiva, jurídica e patrimonial” na gestão dos interesses empresariais.

As empresas familiares, em sua maioria, decorrem de sucessões hereditárias e têm como gestor central dos negócios o seu próprio patriarca. No entanto, a transferência dos

interesses empresariais para as futuras gerações, de acordo com as leis naturais da herança, nem sempre segue a mesma linha de resultados obtidos pelas gerações anteriores.

Diferentemente da gestão empresarial de capitais ou quotas, na qual é comum observar a seleção dos sócios com base em sua aptidão para a governança, nas empresas familiares é possível constatar, em alguns casos, a falta de preparo profissional e/ou o desinteresse dos herdeiros legalmente habilitados para a sucessão.

O fato de as *holdings* terem a maioria de seu capital constituído por ativos imobilizados (propriedades) tende a estimular fortemente a competição por posições e cargos dentro da organização, o que se torna uma característica proeminente no ambiente de atuação do agronegócio.

A hipótese desta pesquisa é que a falta de adoção dos instrumentos adequados de gestão, capazes de prevenir conflitos interpessoais, pode colocar em sério risco a governança empresarial familiar e até mesmo levá-la ao fracasso. Entende-se por governança, a combinação de ferramentas, princípios e convicções, neste trabalho estudados, que ao serem aplicados à atividade negocial, proporcionam maior eficiência nas atividades negociais.

A observância dos princípios estudados pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, visa evitar a tomada de decisões improvisadas ou baseadas em impulsos. A adoção de princípios e instrumentos adequados contribui para a qualidade dos atos de gestão, em conformidade com as estruturas societárias e os objetivos empresariais, inclusive no contexto familiar.

Em que pese haver *holdings* rurais familiares bem-sucedidas no Brasil, qual seria a razão pela qual a maioria das sociedades que adotam esse tipo de estrutura permanece sob uma governança instintiva e se sujeitam a suportar os prejuízos decorrentes dessa escolha equivocada? O objetivo geral desta pesquisa é apontar as fragilidades mencionadas e, a partir dessa constatação, propor a adoção de medidas que resultem em uma funcionalidade melhor e mais eficaz para o arranjo societário, sob os princípios da boa governança.

Para alcançar esse objetivo, serão necessários os seguintes passos: a) reconhecer as dificuldades enfrentadas pelas empresas familiares; b) identificar as diretrizes da boa governança, tanto corporativa quanto familiar, no contexto do agronegócio; c) reconhecer a necessidade de cumprir a função social pelas *holdings* rurais; d) aplicar os princípios da boa governança, de acordo com a função social de uma *holding* rural familiar.

Como resultado, espera-se demonstrar a importância de respeitar a função social da forma empresarial estudada, não apenas como algo desejável para todas as organizações familiares, mas também como algo necessário para melhor desempenho econômico, por

meio da a separação dos três segmentos de interesse desse ramo: empresa, família e propriedade, bem como seus respectivos órgãos de gestão: conselho de administração, conselho de família e assembleia dos sócios.

Além disso, espera-se que os membros da família que desejem fazer parte de uma empresa na forma de *holding* compreendam a finalidade da implementação da governança corporativa e familiar, para evitar que a gestão se torne excessivamente onerosa e ineficaz. A pesquisa adota uma metodologia dedutiva e utiliza técnicas de pesquisa qualitativa com base na investigação doutrinária e legislativa.

2.OS Reveses das Empresas Familiares

Muitos são os motivos que levam as pessoas a se unirem para formar uma empresa em um determinado setor. Um dos critérios de grande relevância é a confiança, pressuposto este comum entre os membros de uma família. Existe uma clara percepção de que as pessoas que se envolvem em uma organização lucrativa compartilham objetivos em comum, não somente o lucro em si, mas também a atividade que se pretende desenvolver. Por essa razão, as empresas familiares são uma realidade tanto no Brasil quanto no mundo, especialmente no contexto do agronegócio.

O Código Civil de 2002 conceitua como empresário, em seu art. 966, como uma atividade econômica organizada, cujo objetivo é a produção ou circulação de bens ou serviços.⁴ Significa dizer que essa atividade econômica pode ser realizada tanto por pessoas físicas quanto por pessoas jurídicas, o que na prática pode envolver a união de membros familiares no desempenho ou controle da empresa. Isso implica que a atividade empresarial, no contexto familiar, pode começar com o patriarca e ser transmitida às gerações futuras.

A conceituação da empresa familiar apresenta divergências entre os estudiosos, que não se limitam a considerar apenas um elemento para identificar esse tipo de organização. Cada autor caracteriza como empresa familiar aquela que possui propriedade, controle, hereditariedade e gestão nas mãos da família. Existem diferentes formas de origem para esse tipo de empresa, mas é evidente que a missão da organização deve estar vinculada aos propósitos familiares. Uma organização que mantém uma conexão com a mesma família por pelo menos duas gerações e consegue alinhar e interligar seus interesses com os interesses empresariais será considerada uma empresa familiar.⁵

⁴ BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 mai. 2023.

⁵ DONNELLEY, Robert. A Empresa Familiar. Revista de Administração de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, v. 7, n. 23, p. 161-162, 1967.

Existem no Brasil um número significativo de empresas familiares, as quais representam até 90% do total de empresas e contribuem com até 75% do Produto Interno Bruto (PIB) do país.⁶ Como resultado, esse número expressivo resulta na geração de empregos e riquezas, fatores importantes na movimentação da economia.

Na doutrina, é amplamente aceito que a empresa familiar possui três características fundamentais que explicam sua formação: propriedade, gestão e família. Por meio de um gráfico, pode-se observar que há uma família que detém a maioria das ações e cotas, o que permite o controle da empresa (gestão) e, em grande parte, a propriedade do empreendimento. A coexistência dessas três situações é responsável por conferir à organização uma estrutura e funcionamento distintos em relação a outras formas empresariais.⁷

Isso significa que, além dos membros familiares, podem existir outras pessoas presentes na dinâmica da empresa familiar. Esse modelo demonstra claramente como assuntos diferentes, quando relacionados, podem trazer interesses distintos para os diversos tipos de membros envolvidos. Cada função representada por um círculo deve manter sua gestão de acordo com sua natureza e diretrizes. A título de exemplo, o círculo da propriedade deve respeitar o acordo de sócios, o círculo da família deve preservar seus interesses, e o círculo do negócio deve observar a estratégia definida.

A ânsia pelo sucesso de um grupo não pode menosprezar os interesses dos outros. A sobreposição de um sistema sobre o outro deve ser compreendida e respeitada por meio de mecanismos de estruturação. É ainda mais necessário a percepção da natureza de cada segmento quando uma pessoa integra simultaneamente mais de um círculo, como um membro da família que também é sócio e proprietário de um bem.

Em uma empresa familiar, existe uma interdependência direta entre o proprietário, o executivo ou gestor e o familiar, com a possibilidade dessas funções serem desempenhadas pela mesma pessoa ou por diferentes indivíduos. É essencial definir limites e responsabilidades claras para cada um, a fim de alcançar um desempenho acima da média. Na prática, cada indivíduo que pertence a cada sistema representado por um círculo sequer domina a dimensão de sua função e tal situação germina tensão suficiente a dificultar o funcionamento empresarial. Não reconhecer as particularidades, *modus operandi* e estrutura

⁶ SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. Empresas Familiares. Brasília, DF, SEBRAE, 2017. Disponível em: [https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/1a5d95208c89363622e79ce58427f2dc/\\$File/7599.pdf](https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/1a5d95208c89363622e79ce58427f2dc/$File/7599.pdf). Acesso em: 20 mai. 2023.

⁷ BERNHOEFT, Renato; GALLO, Miguel. Governança na Empresa Familiar. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

própria de cada círculo impede a empresa de realizar desde as tarefas mais simples até as mais complexas.⁸

O vínculo de confiança entre os membros familiares se intensifica no momento em que eles são os idealizadores de um empreendimento empresarial. A escolha dos sócios é direcionada pelos objetivos e princípios afetivos da família.⁹ Não obstante, o caráter familiar que une os membros da empresa pode, ao mesmo tempo, ser o fator que leva à desunião. Conflitos que podem ocorrer mesmo sem vínculo societário podem ser ampliados à medida que envolvem questões financeiras. Desentendimentos entre pais e filhos, irmãos, desmotivação, tensões entre esses membros e outros membros da família, conflitos com sócios não familiares são situações características desse tipo de empresa.

A coexistência de funções no mesmo indivíduo, o envolvimento emocional e a história compartilhada são fatores que podem inicialmente parecer vantajosos, mas ao longo da existência da empresa podem se converter em uma forte desvantagem. O excesso do caráter familiar, sem o reconhecimento da necessidade de implementação de técnicas de gestão, é um fator determinante no ciclo de vida da empresa.¹⁰

Essas dificuldades podem ser atenuadas com a instauração de protocolos, planejamento sucessório e estratégico, e a adoção de práticas como assembleia e conselho de família, ou seja, por meio do estudo das necessidades do arranjo societário da família. A despersonalização de uma sociedade e a consequente adoção de práticas racionais marcam o início do processo de profissionalização em uma instituição.¹¹ É inevitável aderir a esse processo em algum momento do ciclo de vida empresarial, sob pena de enfraquecimento e eventual falência da atividade.

Diante de uma realidade enfraquecida pelo mercado, a transformação de uma empresa pode residir na reavaliação dos atos administrativos, com a segregação entre gestão e propriedade. Embora os membros da empresa ainda sejam familiares, a atividade comercial demandará uma qualificação pertinente ao ramo de atuação e o estabelecimento de critérios objetivos e transparentes.¹² A profissionalização societária não se resume à simples replicação

⁸ PRADO, Roberta Nioac. Aspectos Relevantes da Empresa Familiar e da Família Empresária: Governança e Planejamento Patrimonial Sucessório. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

⁹ BERNHOEFT; GALLO, 2003.

¹⁰ DAVEL, Eduardo; COLBARI, Antônia. Organizações familiares: por uma introdução a sua tradição, contemporaneidade e multidisciplinaridade. Revista Organizações e Sociedade, Universidade Federal da Bahia, v. 7, n. 18, p. 45-64, 2000.

¹¹ LODI, João Bosco. A empresa familiar. São Paulo: Pioneira, 1993.

¹² MOREIRA JÚNIOR, Armando Lourenzo. Programas de profissionalização e sucessão: um estudo de pequeno porte de São Paulo. 1999. Dissertação (Mestrado em Economia) – Departamento de Administração da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.

de manuais. O processo deve ter origem nos membros da empresa, com uma visão sincrônica que englobe a família, a propriedade e a gestão.¹³

Ainda que o anseio de prosperar de uma empresa familiar ser abundante, a centralização das decisões, a adoção de práticas habituais e a convivência diária, juntamente com a tomada de decisões intuitivas, são fatores que podem levar ao insucesso. É essencial que o gestor da empresa familiar mude sua visão para direcionar o caminho da atividade familiar.

A percepção lúcida do fundador da empresa é um elemento fundamental para desenvolver o processo de profissionalização em todas as áreas do negócio, especialmente na família, no controle e na administração. Para melhorar o desempenho na estruturação da empresa, compreender o instituto da governança constitui uma etapa de extrema importância para obter o máximo proveito do processo. É evidente que além desta percepção, há uma necessidade de conhecer o ambiente societário em que a empresa se encontra, bem como a sua função desempenhada na sociedade.

3.A Função Social da Holding Hural Familiar

A atividade empresarial descrita no Código Civil, em seu art. 966, é caracterizada pelo exercício regular e organizado de uma atividade com o objetivo de obter lucro.¹⁴ No entanto, essa definição não abrange todas as atividades existentes. Essa norma está inserida na ordem econômica-constitucional e representa um conjunto de normas que permite o aperfeiçoamento ao longo do tempo e é denominada constituição econômica. Um dos princípios fundamentais dessa ordem é a livre iniciativa, que pressupõe a liberdade no exercício da atividade econômica, sem intervenção direta e restritiva do Estado.

Exceto nos casos em que seja estritamente necessário, o Estado deve se abster de intervir na atividade econômica. Um exemplo de intervenção permitida é a regulação das relações do consumidor, onde se observa a obrigação de proteção dessa parte vulnerável. A ausência de intervenção estatal não significa indisciplina; pelo contrário, o Estado deve impor regras mínimas para o desempenho das atividades.¹⁵

De acordo com Washington Peluso Albino de Souza¹⁶, uma empresa, como ente personalizado, representa um meio pelo qual o Estado atua direta ou indiretamente para alcançar o desenvolvimento econômico. É por meio da empresa que se torna possível atuar

¹³ BERNHOEFT; GALLO, 2003.

¹⁴ BRASIL, 2002.

¹⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. 7. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2014.

¹⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Teoria da Constituição Econômica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

na defesa de interesses coletivos, como as lutas independentes de certas categorias. A estrutura empresarial das famílias que se dedicam a alguma atividade econômica é um elemento forte capaz de impulsionar a economia. A empresa em si é um agente motivador da ordem econômica e do desenvolvimento.

Conforme já analisado, existem várias formas de caracterizar uma empresa familiar, a depender do ponto de vista de quem a analisa. Pode-se considerar como familiar aquela em que todos os membros são pertencentes à mesma família, mas também pode englobar apenas alguns membros ou até mesmo apenas seus sócios majoritários. A doutrina, em sua maioria, prefere restringir o conceito às organizações em que o poder decisório está nas mãos de membros da família, sem excluir os empresários individuais.

À medida que o número de empresas familiares aumentou significativamente e os avanços tecnológicos ganharam peso com a globalização, a estruturação dessas empresas se tornou um assunto em destaque, muitas vezes oferecido como meio para alcançar o crescimento exponencial. A profissionalização, apresentada como uma solução pronta, passou a ser amplamente discutida, especialmente no agronegócio, por meio da *holding* rural familiar. O aumento da produtividade ao longo dos anos tornou essa atividade altamente lucrativa.

Dado que os gestores das atividades agroindustriais são, na maioria das vezes, membros da mesma família ao longo de várias gerações, é possível destacar os principais dilemas enfrentados no desenvolvimento de suas atividades: a alta carga tributária e as complexidades do processo de sucessão. Esses dois obstáculos têm consequências significativamente diferentes quando analisados sob a ótica do Direito Civil em comparação com o Direito Empresarial. Com o objetivo de mitigar conflitos familiares e tornar o processo de sucessão mais célere e eficiente, ao mesmo tempo em que se busca aumentar o aproveitamento econômico por meio da redução da tributação, a implantação de *holding* é apresentada como soluções inovadoras.

A palavra *holding* deriva do termo em inglês que significa “manter” ou “controlar”. Sua utilidade está relacionada a uma sociedade (pessoa jurídica) cujo propósito é atuar como detentora de bens e direitos, que podem incluir participações societárias, investimentos financeiros, bens móveis e imóveis, entre outros. Ao se fazer uma distinção, temos a *holding* pura, que tem como único objetivo ser titular de outras sociedades, ações ou quotas. A doutrina também faz uma distinção entre *holdings* de controle, cujo intuito é controlar as

quotas e ações de outras sociedades, e *holdings* de mera participação, que têm como objetivo serem titulares de quotas e ações de outras sociedades, mas sem deter o controle sobre elas.¹⁷

Esse tipo de estrutura societária, em ascensão no agronegócio, está previsto no artigo 2º, parágrafo 3º da Lei 6.404/76¹⁸ e serve como um instrumento para aglomerar e centralizar bens e atividades, especialmente quando pertencentes a uma mesma família. Busca, primordialmente simplificar as relações societárias para organizar e facilitar alguns entraves hereditários. A *holding* pode ser titular de bens e direitos móveis e imóveis, propriedades, participações e investimentos.

A doutrina classifica essa forma de organização societária de acordo com seus objetivos específicos. Com o desenvolvimento das atividades do agronegócio e a crescente visibilidade desse setor nos últimos anos, principalmente em relação ao seu ciclo de vida empresarial, a *holding* tem sido amplamente aplicada como uma ótima forma de gerenciar as atividades das empresas.

Embora a legalidade da *holding* esteja enraizada na Lei das Sociedades Anônimas, é necessário ressaltar que esse instrumento jurídico pode ser revestido de qualquer outro tipo societário e não se limita exclusivamente a ela. Sua criação está diretamente relacionada à forma de atuação, seja por meio de quotas ou ações, bem como ao fato de controlar outras sociedades.

No contexto de uma empresa familiar, que frequentemente enfrenta diversos conflitos inerentes às relações interpessoais, é fundamental estabelecer um procedimento que preveja determinadas tomadas de decisões. Afastar deliberações meramente intuitivas, sobretudo quanto a sucessão da liderança e outros cargos de grande relevância dentro da empresa, é extremamente necessário para a perpetuação dos valores familiares e a continuidade da atividade.

A capacidade, preparo técnico, valores e princípios são elementos imprescindíveis ao estabelecer o controle patrimonial. É importante não se limitar apenas ao vínculo familiar existente entre um pai e um filho, mas também considerar as características profissionais, o que constitui uma etapa fundamental na implantação da estruturação societária por meio da *holding*. A partir disso, surge a necessidade de entrega de relatórios e planejamentos em datas

¹⁷ MAMEDE, Gladston. MAMEDE, Eduarda Cotta. Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

¹⁸ BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Presidência da República, [1976]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm. Acesso em: 25 mai. 2023.

pré-estabelecidas, atos incompatíveis com as ações baseadas unicamente em escolhas pessoais.¹⁹

Portanto, a implantação de uma *holding* requer a análise de diversos pressupostos para determinar se essa forma de organização societária é vantajosa. Isso implica avaliar os impactos fiscais e negociais, pois a configuração desse mecanismo não deve ser entendida como uma maneira deliberada de evitar a tributação, mas sim como uma forma estruturada de gestão empresarial.²⁰

Com a profissionalização das sociedades familiares, especialmente por meio da estrutura da *holding*, fica evidente que o principal objetivo é mitigar os riscos de fracasso e garantir a continuidade da empresa ao longo das gerações. O objetivo é superar as limitações impostas pela transição geracional. A implantação desse tipo de organização societária torna-se um meio eficaz para evitar conflitos decorrentes dos interesses familiares e manter a missão da empresa familiar.

A função social da *holding* rural familiar está diretamente relacionada ao aspecto econômico e visa impulsionar a economia por meio do desenvolvimento das atividades agrícolas, de maneira estruturada e organizada, em conformidade com os objetivos familiares, com a finalidade principal de alcançar a perenidade da empresa. As diretrizes da boa governança, seja numa perspectiva corporativa ou familiar, tornam-se aliadas no desenvolvimento empresarial.

4. Da Governança Aplicada ao Agronegócio

O processo de reformulação de uma organização composta por sócios e membros familiares é uma medida indispensável para aqueles que almejam o sucesso na condução dos negócios. A profissionalização empresarial, que remete aos aspectos da governança, está relacionada à gestão, liderança, ética empresarial e economia. A implementação de regras, procedimentos e condutas no contexto empresarial traz previsibilidade aos atos de gestão, o que desperta o interesse dos envolvidos.

A substituição de decisões intuitivas e práticas antiquadas por práticas administrativas racionais, atuais, despersonalizadas e descentralizadas, além da integração entre membros da família e não familiares ocupando cargos de gerência, compõe o conceito de profissionalização. Essa prática não pode ser tratada de forma massificada ou apressada, pois cada procedimento mal sucedido aumenta a resistência dos familiares em relação ao

¹⁹ SILVA, F. P. *Holding Familiar: visão jurídica do planejamento familiar, sucessório e tributário*. São Paulo: Trevisan, 2017.

²⁰ MAMEDE, G.; MAMEDE, E. 2018.

processo. Ao contrário, a profissionalização da empresa familiar, com cautela e uma análise minuciosa de sua identidade, objetivos, necessidades, situação financeira e estrutural, é uma ferramenta capaz de mitigar conflitos e melhorar o desempenho empresarial.²¹

Dado o grande número de empresas familiares existentes, é comum ocorrerem divergências entre os sócios em relação ao patrimônio e à gestão. Os membros raramente propõem a separação patrimonial, devido à confiança mútua existente, que é pressuposto nessas relações.

A Governança, conceituada como um conjunto de princípios, convicções e ferramentas de gestão, tem como objetivo principal contribuir para a eficiência da atividade corporativa. Essa prática tem sido amplamente estudada e aplicada para reduzir os obstáculos empresariais. As boas práticas de governança não têm limitações e podem ser aplicadas em qualquer organização, independentemente de sua dimensão, natureza jurídica ou outros fatores.²²

No processo de profissionalização, é fundamental reconhecer as limitações da organização empresarial e identificar sua realidade, tipo empresarial, metas e objetivos. A consolidação desse processo por meio de instrumentos de governança é capaz de transformar atos e procedimentos informais, de forma a eliminar e prevenir futuros impasses empresariais. Toda organização empresarial busca a longevidade, e sua construção requer uma mudança de postura e procedimentos, especialmente por parte do fundador.²³

É importante distinguir e separar os significados da Governança Corporativa e da Governança Familiar e logo, reconhecer que ambas podem promover o crescimento dentro de uma empresa familiar. Dentro do contexto familiar há demandas que ultrapassam o caráter corporativo e envolve relações interpessoais, interesses conflitantes e outras questões relacionadas ao ambiente familiar. As duas formas de governança são independentes, mas podem complementar-se.²⁴

A Governança Corporativa atua no âmbito dos negócios e visa proteger os interesses empresariais, como a reputação perante outras empresas e a sociedade, a notoriedade e o relacionamento com as partes interessadas, a preservação dos ativos e a defesa da sustentabilidade. Nesse sistema, empresas e outras organizações seguem recomendações objetivas que as ajudam a alcançar seus objetivos, ao mesmo tempo em que preservam e

²¹ LODI, 1993.

²² INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Governança da família empresária: conceitos básicos, desafios e recomendações. São Paulo: IBGC, 2016.

²³ SANTOS, Álvaro Gonçalves dos. Holding Rural: planejamento patrimonial no agronegócio e a liberdade dos sócios na fixação de critérios para apuração de haveres. 2022. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

²⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2016.

otimizam o valor econômico do negócio, com o objetivo de garantir a perenidade e o bem comum.²⁵

Por outro lado, no contexto familiar, podem surgir situações que levam a divergências, como a sobreposição de interesses entre sócios familiares e a própria família. A exigência da segregação dos assuntos torna-se cada vez mais presente com o avanço das gerações. Dentre os principais objetivos da Governança Familiar estão a manutenção da união e o estímulo à contribuição pessoal para um propósito comum, que é a prosperidade da empresa. A observância dos valores, propósitos, missão e princípios é essencial no desenvolvimento dos processos estruturais e constitui a essência dessa forma de governança.²⁶

Ressalta-se que não é necessário ser uma grande empresa para estabelecer e propor procedimentos de governança. A necessidade de organização existe em sociedades simples e complexas. A estruturação é indispensável como meio de alcançar a perenidade empresarial e afastar interesses puramente pessoais.

Considerações Finais

As empresas familiares desempenham um papel significativo na economia, tanto no Brasil quanto no mundo, ao gerar empregos e ao contribuir para o desenvolvimento econômico. No entanto, suas características distintas em relação às organizações não familiares, ao mesmo tempo que motivam a organização, podem igualmente levá-las ao fracasso e insucesso.

A falta de estruturação de cargos, responsabilidades, departamentos e protocolos que visem mitigar os riscos que afetam o desempenho da empresa pode impedir seu crescimento e levá-la à estagnação ou até mesmo à falência. As particularidades familiares que unem os membros dessas empresas em torno de um objetivo maior podem também se tornar um elemento que contribui para a sua extinção.

A primeira ideia de estruturação surgiu da necessidade de conferir um caráter mais profissional às empresas familiares. Tornar a atividade empresarial organizada, com a segregação de funções e patrimônio, a realização de planejamento estratégico e o abandono de métodos intuitivos são alguns dos mecanismos a serem implementados no processo de profissionalização, especialmente por meio de uma forma específica de organização, a *holding*.

²⁵ Id. Código das melhores práticas de governança corporativa. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015

²⁶ Id., 2016.

O valor afetivo atribuído pelas famílias em suas atividades empresariais, faz com que deixem de observar questões estruturais societárias essenciais, vantagens e desvantagens de seus regimes tributários, bem como ocasionam decisões irracionais, impulsivas que prejudicam o desenvolvimento empresarial da atividade. O estudo demonstrou que o estabelecimento de uma estrutura empresarial, com a segregação de funções dos sócios e a distinção dos âmbitos da propriedade, gestão e familiaridade, o que propicia um melhor desempenho da empresa em virtude da economia financeira, temporal e procedimental a ser angariada.

Destaca-se que a aplicação desse tipo societário, *holding*, requer o conhecimento das demandas, propósitos e dificuldades de cada sociedade que pretenda adotá-lo. As empresas familiares têm a ambição de se perpetuarem por gerações e prolongarem seu ciclo de vida e buscam a perenidade. A instrumentalização por meio da profissionalização é um meio para alcançar esse objetivo, além de outros.

Portanto, a estruturação e a profissionalização das empresas familiares, por meio da adoção de mecanismos como a *holding*, são fundamentais para superar os desafios específicos desse tipo de organização e garantir sua continuidade e sucesso ao longo do tempo. Esse processo de tornar a empresa organizada e formal por si só não é capaz de corresponder a todos os objetos que se almejam. É necessário compreender os motivos, funções, procedimentos, perfil profissionalizado, entre outros tantos aspectos que corroboram os princípios de uma Governança.

Há uma distinção clara entre a governança corporativa, que pode ser implementada em qualquer empresa, da governança familiar, que são instrumentos específicos que auxiliam os membros de uma mesma família, no desempenho das atividades empresariais. As duas formas de Governança, quando aliadas, são capazes de transformar o ambiente negocial ao afastar conflitos advindos de relações interpessoais, para direcionar a atenção e energia aos aspectos profissionais e procedimentais.

Portanto, os principais problemas verificados no seio de uma empresa familiar, se dá pela ausência de uma estrutura empresarial, por meio da especificação funções de cada sócio, da análise das habilidades de cada um para que possam contribuir com as atividades desenvolvidas. Os atos de gestão a serem implantados sobrepor ao aspecto da propriedade, pois a visão do gestor deve distanciar das tomadas de decisões afetivas pura e simplesmente. O meio eficaz para profissionalizar uma empresa rural familiar pode começar na criação da *holding* concomitantemente com a implantação dos instrumentos de Governança Familiar, com

relação a prevenção de conflitos familiares, bem como Governança Corporativa, para o aprimoramento da gestão empresarial.

Referências Bibliográficas

BERNHOEFT, Renato; GALLO, Miguel. Governança na Empresa Familiar. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 mai. 2023.

BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Presidência da República, [1976]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404compilada.htm. Acesso em: 25 mai. 2023.

DAVEL, Eduardo; COLBARI, Antônia. Organizações familiares: por uma introdução a sua tradição, contemporaneidade e multidisciplinaridade. Revista Organizações e Sociedade, Universidade Federal da Bahia, v. 7, n. 18, p. 45-64, 2000.

DONNELLEY, Robert. A Empresa Familiar. Revista de Administração de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, v. 7, n. 23, p. 161-162, 1967.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. 7. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Código das melhores práticas de governança corporativa. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Governança da família empresária: conceitos básicos, desafios e recomendações. São Paulo: IBGC, 2016.

LODI, João Bosco. A empresa familiar. São Paulo: Pioneira, 1993.

MAMEDE, Gladston. MAMEDE, Eduarda Cotta. Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

MOREIRA JÚNIOR, Armando Lourenzo. Programas de profissionalização e sucessão: um estudo de pequeno porte de São Paulo. 1999. Dissertação (Mestrado em Economia) – Departamento de Administração da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.

PRADO, Roberta Nioac. Aspectos Relevantes da Empresa Familiar e da Família Empresária: Governança e Planejamento Patrimonial Sucessório. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SANTOS, Álvaro Gonçalves dos. Holding Rural: planejamento patrimonial no agronegócio e a liberdade dos sócios na fixação de critérios para apuração de haveres. 2022. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. Empresas Familiares. Brasília, DF, SEBRAE, 2017. Disponível em: [https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/1a5d95208c89363622e79ce58427f2dc/\\$File/7599.pdf](https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/1a5d95208c89363622e79ce58427f2dc/$File/7599.pdf). Acesso em: 20 mai. 2023.

SILVA, F. P. Holding Familiar: visão jurídica do planejamento familiar, sucessório e tributário. São Paulo: Trevisan, 2017.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Teoria da Constituição Econômica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

A Integridade Administrativa Sob a Ótica do Atendimento das Políticas Públicas Devidas pelo Estado: Uma Abordagem Sobre a Consecução da Justiça

Administrative integrity from the perspective of meeting public policies owed by the State: An approach to achieving justice

Sávia Maria Leite Rodrigues¹

Sumário: 1. Governança e o seu entrelaçamento conceitual com integridade, políticas públicas e justiça social; 2. Integridade; 3. Políticas públicas; 4. Justiça; 5. Integridade e governança na gestão pública para consecução de Justiça; Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

Resumo:

Este artigo percorre os conceitos de integridade, políticas públicas, justiça e governança, para apresentar uma perspectiva de sua interrelação, partindo da ideia estruturante de que a função do Estado é ordenar a relação social e empenhar os seus melhores esforços na consecução de serviços que atendam ao cidadão mais do que simplesmente executar medidas que comprovem atingimento de objetivos que destoem desse propósito central, sob pena de satisfação apenas do controle e não da integridade. Tal conceito, como discute o artigo, apenas se revela efetivo se o Estado realiza as entregas devidas em forma de serviço e se tem em conta que qualquer ação ou inércia de sua parte, o cidadão surge travestida de políticas públicas, que é o verbo pelo qual a figura estatal se pronuncia.

Palavras-chave: Gestão; políticas públicas; integridade; governança.

Abstract:

This article covers the concepts of integrity, public policies, justice and governance, in order to present a perspective of their interrelationship, starting from the structuring idea that the role of the State is to order social relations and to commit its best efforts to achieving services that meet to the citizen more than simply carrying out measures that prove the achievement of objectives that are at odds with this central purpose, under penalty of satisfaction only with control and not with integrity. Such a concept, as discussed in the article, only proves to be effective if the State performs the due deliveries in the form of a service and if it is taken into account that any action or inertia on its part, the citizen appears disguised as public policies, which is the verb by the which state figure speaks.

Keywords: Management; public policy; integrity; governance.

1. Governança e o seu Entrelaçamento Conceitual com Integridade, Políticas Públicas e Justiça Social

Na segunda metade do século passado o mundo ocidental precisou se adaptar às consequências das crises enfrentadas na sua primeira metade, entre outras razões, pelo cenário mundial pós-guerra e as condições de escassez enfrentadas, que incrementaram o já

¹ Doutora e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento, Sociedade e Cooperação Internacional, Universidade de Brasília. Especialista em Direito Processual, pela Universidade Federal de Santa Catarina, e MBA em Gestão Pública, pela Fundação Getúlio Vargas. Advogada da União. Certificação Profissional em Compliance Anticorrupção CPC-A (até dez/22), *APMG Certified PPP Professional (CP3P) Foundation Examination* e como Mediadora pelo Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos (ICFML). E-mail: savia.rodrigues@agu.gov.br.

existente interesse pela temática gerencial, não apenas no âmbito estatal, mas neste especialmente, onde se configurou a inquietação quanto à possibilidade de satisfação do papel de prestador de serviços sob a forma de políticas públicas, embora sequer esta feição estivesse necessariamente clara como um objetivo ou um dever. De um lado, detectava-se uma demanda pelos serviços (políticas públicas) e a expectativa de seu atendimento pela estrutura pública, e, de outro, a necessidade de conceber a forma de satisfazer o demandado em realidade de limitação de recursos e condições. Na Europa despontaram preocupações com este panorama, o que também influenciou os Estados Unidos, de onde se originaram relevantes contribuições sobre a ciência Administração.

A concepção de Estado e a definição de seus limites e deveres sofreram considerável impacto no âmbito sucintamente mencionado acima porque tais aspectos tinham reflexos na forma como o Estado deve se estruturar para a satisfação das expectativas em relação ao seu papel. De outra parte, percebe-se a influência que movimentos surgidos na Europa e efetivamente encampados no meio acadêmico e político norte-americano quanto à performance do Estado enquanto gerência própria, de forma condicionante à assunção da função de provedor de serviços públicos.

A concepção *New Public Management* (Nova Gestão Pública), bem assim seus desdobramentos, se expandiu a partir dos anos 1990 e no Brasil vem a influenciar o contexto de adequação do Estado à redemocratização do País e a adaptação à realidade fixada pela então nova Constituição, que, promulgada em 1988, dependia de significativa quantidade de textos que a regulamentassem. A Carta Política passou não apenas a ser regulamentada, mediante publicação de normas inferiores, quanto foi passando por um processo de reforma, ao argumento de que a sua operacionalização seria inviável sem tais adaptações concretizadas por emendas constitucionais. Um marco significativo nessa brevíssima reflexão histórica pode ser tributado à Emenda Constitucional nº 19, de 1998, uma década após a promulgação da Constituição, trazendo remodelagem para a Administração Pública.

Faz-se especial destaque de que a mencionada Emenda Constitucional foi a responsável por acrescentar um quinto princípio (eficiência) à lista contida no art. 37 da Constituição brasileira, que antes elencava legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, com o impacto teórico de inaugurar e sinalizar perspectivas à anterior concepção do Estado, que se fizeram e ainda fazem observar, até porque atualmente tramita no Congresso Nacional nova ampliação a esse rol principiológico.

Concomitantemente, no cenário internacional, o País vem demonstrando crescente interesse pelo ingresso nos círculos de decisão, especialmente buscando protagonismo

perante os organismos multilaterais, o que tem gerado um movimento de assimilação e reprodução de padrões de comportamento na esfera pública no sentido de sintonia com valores, ideias e procedimentos, que, nesse ambiente externo, tem influenciado na nossa cultura gerencial. Quando se trata da esfera pública não se está mencionando apenas o ambiente da Administração pública, mas o cenário público, assim entendido o que não se circunscreve ao contexto das relações meramente entre pessoas físicas ou jurídicas no tratamento exclusivamente de seus interesses. Assim, por exemplo, quando se pensa em comércio internacional, o espectro de relacionamento não atende ao contexto apenas entre privados, porque existem normas nacionais que devem ser observadas por cada um dos negociadores, bem assim as normas e procedimentos internacionais para que tal relacionamento se materialize, sem falar em alguma necessidade de adaptação a eventuais requisitos normativos quando se realizam operações comerciais entre particulares de nações diversas.

Desta forma, ainda que se cogite de regras de comércio entre nacionais de duas pátrias, as regras a que se submetem não são meramente de ordem privada, há interferência de procedimentos e regras mais amplas, que findam por exigir que as nações passem a ter como pauta as relações e os ambientes externos ao contexto interno e ao contexto de suas próprias regras, para adaptação. Esta não é uma realidade presente, sempre existiu, especialmente no que respeita ao palco internacional, mas os avanços tecnológicos evidenciam este movimento e cada vez mais resta premente o contexto de adequação do que se chamou em algum momento de aldeia global. Mesmo no âmbito das relações privadas no ambiente nacional existem novas etiquetas de comportamento negocial, influenciadas por novos conceitos permeáveis do mundo. Assim, o ambiente em que os interesses do público se manifestam não é o mesmo, necessariamente, que aqueles da Administração pública e vice-versa, embora cada vez mais haja esta interferência.

Em síntese, o contexto do ambiente do público não pode estar associado apenas ao que não é relativo a “coisas de Estado”, assim como o ambiente privado não pode mais ser compreendido como o ambiente dos interesses de particulares. Entre as duas dimensões do privado, do interesse do indivíduo, e o interesse do Estado existe um campo em que estes limites ficam cada vez mais tênues ou que geram um campo intermediário. A própria conformação do que é o campo de “coisas do Estado” também tem sido amplamente discutida, como se em algum momento de fato estes limites tenham sido viáveis de estabelecimento. Talvez até seria melhor ponderar que alguns limites que se julgava existir ficaram menos precisos, sem que tenham sido antes efetivamente estanques.

Mesmo em uma noção de ampla institucionalização do Estado, o conceito relativo a interesses públicos sempre se vinculou ao que não diz respeito a sujeitos necessariamente determinados, para serem compreendidos como os que são comuns indeterminadamente, ou, em linguagem tipicamente jurídica, difusos ou coletivos.

Concepções políticas, econômicas, sociais, visões de mundo diversas transitam no espaço do Estado e no campo público e aportam efeitos mediatos ou imediatos ao funcionamento daquele, à sua organização, à sua composição.

O que ocorre internamente em uma nação passa a interessar cada vez mais a outras, diante da constatação dessas interrelações e, conseqüentemente, as regras internas e a forma como o Estado se relaciona, porque este tem o condão de influir sobretudo na forma como os seus nacionais estabelecem relações negociais, como os conflitos decorrentes das relações comerciais é resolvido, de acordo com a legislação vigente, como o Estado intervém, para autorizar ou para regular as atividades econômicas. Existem, por exemplo, os impactos de riscos econômicos provenientes do ambiente de mercado em cada localidade, de forma que a governança em uma nação pode causar impacto em negócios celebrados por nacionais de outras localidades ou sobre relações jurídicas geradas em seu território. Desta maneira, a forma de administração de um país, em última instância, cada vez mais deixa de ser uma questão doméstica e até conceitos relacionados com soberania passam a ser vislumbrados sobre novas óticas.

Neste ponto, contudo, é crucial apresentar uma observação de que não são necessariamente apenas os dias mais recentes e a associação com a globalização que indicam a interferência recíproca das culturas e das formas de desenvolvimento da atividade econômica entre as comunidades ou entre as nações do mundo. Eventos históricos no Brasil apontam para a conjugação múltipla de fatores que estão distantes do mero contexto nacional, porque todos estiveram mesclados com interesses externos, como, por exemplo, para a chegada da família real portuguesa no Brasil, em 1808; a independência, em 1822; a abolição normativa da escravatura, em 1888; ou a proclamação da república em 1889, apenas para mantermos toda a consideração do século XVIII, período intenso de acontecimentos de nossa história enquanto formação de Estado.

Também o desencadeamento de aspectos relacionados ao movimento da economia e da compreensão de organizações não deixa de apresentar efeitos na forma de o Estado brasileiro se posicionar ou tentar se posicionar com os temas que mais de perto tocam com a realidade de sua organização e da sua forma de relacionamento interno e externo, seja como

pessoa jurídica de direito público internacional, seja no campo do direito privado, como antes sinalizado, que não mais pode ser vislumbrado apenas em esfera de relações privadas.

Com este panorama geral e histórico, busca-se evidenciar que os conceitos abordados nesta seção implicam pontos de convergência mas também de amplitude, enquanto postura de Estado e impacto de gestão para além dos portões da administração pública.

Apenas um último ponto para esta correlação de fatos a ser digno de referência: o movimento para superação de modelos de infrações à ordem econômica e financeira, causados pelo cometimento de infrações normativas, e até crimes, em face da Administração impacta no funcionamento de mercado, tanto sob a ótica de custos de transação, quanto mesmo ao exercício da concorrência, eis que, de um lado, contextos de mercado em que impera a corrupção tendem a ser fechados aos participantes da prática ilegal, implicando custos à concorrência, de um lado; enquanto, sob outro ângulo, a adoção de determinadas práticas ilícitas tendem a ser amplificadas a outros ambientes, gerando esta contaminação custos adicionais para determinados Estados que antes não enfrentavam a dificuldade de forma evidenciada.

Também não se pode deixar de reiterar o comentário sobre o quesito segurança jurídica, que há tempos vem sendo tido em conta para a apreciação de uma localidade global a fim de mensurar possibilidade e risco de investimento econômico, de forma que uma nação com institucionalidades de baixa higidez tendem a lograr menor proporcionalidade de interesse por investimento de mercado voltados para a produção, embora possam eventualmente atrair interesses especulativos.

A premência de compor com o mundo transforma as nações, e o Brasil não passa ao largo desta prerrogativa. Pelo contrário, embora com menos projeção internacional que o seu porte viabilizaria, o País ainda preserva significativa tradição no trato internacional e, em que pesem as suas dificuldades, vem empreendendo o esforço de se adequar ao perfil de nação em que valha a pena o investimento como elemento de impacto para o seu desenvolvimento como nação, nada obstante os diversos critérios que se exigem para atingimento deste objetivo.

Verifica-se que o movimento em prol do fortalecimento do controle, apresentado com a adoção de medidas que se avolumam enquanto condições do engajamento no cenário internacional. Como subsequente à primazia do controle, estaria moldada a noção de integridade administrativa. Assim, a pauta internacional ingressou nas discussões internas

sobre gestão e no ordenamento jurídico, vindo a se concretizar em normas para passarem a tratar da governança pública.

Sem desprezar a concepção de que haja governança no campo em que impere a integridade, a ideia de integridade como ausência do ilícito e da imoralidade não gera necessariamente a convicção de reinado da governança, tão somente. Dito de outra forma, integridade é mais. Este tópico voltará a ser comentado em seguida. Antes porém, são necessários mais alguns comentários sobre governança.

De acordo com Bevir² (2011, p. 103), governança representa uma mudança na teoria e na prática da forma de orquestração dos governos, em direção a mercados e redes. Fazendo uma genealogia do conceito, o autor acrescenta que decorre da aplicação de teorias modernistas aplicadas ao setor público e, em consequência disto, reverberariam instituições com cada vez mais teor técnico modernista.

Em sua Enciclopédia sobre Governança, o autor analisa as diversas teorias aplicáveis, porque a forma de sua configuração estaria estritamente vinculada com a teoria regente. Menciona, pois, que governança³ (BEVIR 2006, p. 398-399)⁴

(...) expresses a widespread belief that the state increasingly depends on other organizations to secure its intentions, deliver its policies, and establish a pattern of rule.

By analogy, governance also can be used to describe any pattern of rule that arises either when the state is dependent upon others or when the state plays little or no role. For example, the term international governance often refers to the pattern of rule found at the global level where the United Nations (UN) is too weak to resemble the kind of state that can impose its will on its territory. Likewise, the term corporate governance refers to patterns of rule within businesses – that is, to the systems, institutions, and norms by which corporations are directed and controlled. So understood, governance expresses a growing

² BEVIR, Mark. Encyclopedia of Governance. 2 vols. planned. Califórnia, Sage Publications, 2006. 1.232p.

³ BEVIR, Mark. Governança Democrática: uma genealogia. Revista Sociologia Política, Curitiba, v. 19, jun 2011, p. 103-114.

⁴ Em tradução livre:

a governança expressa uma crença generalizada de que o estado depende cada vez mais de outras organizações para garantir suas intenções, cumprir suas políticas e estabelecer um padrão de governo.

Por analogia, a governança também pode ser usada para descrever qualquer padrão de regra que surja quando o estado depende de outros ou quando o estado desempenha pouco ou nenhum papel. Por exemplo, o termo governança internacional geralmente se refere ao padrão de governo encontrado em nível global, onde a Organização das Nações Unidas (ONU) é muito fraca para se parecer com o tipo de estado que pode impor sua vontade em seu território. Da mesma forma, o termo governança corporativa se refere a padrões de regras dentro das empresas - ou seja, aos sistemas, instituições e normas pelos quais as empresas são dirigidas e controladas. Assim entendida, a governança expressa uma consciência crescente das maneiras pelas quais formas difusas de poder e autoridade podem garantir a ordem, mesmo na ausência da atividade do Estado.

De maneira ainda mais geral, a governança pode ser usada para se referir a todos os padrões de governo, incluindo o tipo de estado hierárquico que muitas vezes se pensa que existia antes das reformas do setor público das décadas de 1980 e 1990. Esse uso geral da governança permite que os teóricos explorem análises abstratas da construção da coordenação social, ou práticas sociais, independentemente de seu conteúdo específico. Eles podem separar essas análises abstratas de questões específicas sobre, digamos, o estado, o sistema internacional ou a corporação. No entanto, se quisermos usar a governança dessa forma geral, talvez precisemos descrever as mudanças no estado desde os anos 1980 usando frases alternativas, como “a nova governança”.

awareness of the ways in which diffuse forms of power and authority can secure order even in the absence of state activity.

More generally still, governance can be used to refer to all patterns of rule, including the kind of hierarchic state that is often thought to have existed before the public-sector reforms of the 1980s and 1990s. This general use of governance enables theorists to explore abstract analyses of the construction of social coordination, or social practices irrespective of their specific content. They can divorce such abstract analyses from specific questions about, say the state, the international system, or the corporation. However, if we are to use governance in this general way, perhaps we need to describe the changes in the state since the 1980s using an alternative phrases, such as “the new governance”.

Assim, a amplitude que se propõe para o conceito de governança envolve a aceção das entregas devidas pelo Estado, porque este só condiz com a sua razão de existir mediante a satisfação de serviços em prol do cidadão, e não apenas pela demonstração da atingimento de metas, especialmente quando esta configuração não leva a um resultado de entrega social, interferindo favoravelmente e com equilíbrio na oferta de melhores condições de vida. Convém sempre deixar claro que a proposta de condições de dignidade de que se comenta não diz respeito a qualquer vínculo de orientação política ou econômica, mas na capacidade de entregas, que correspondam a uma plataforma específica, seja como se definir a concepção política e econômica eleitas em outro campo de apreciação.

Circunscrevendo-se esta avaliação a uma abordagem multidisciplinar dos conceitos descritos para uma avaliação relacionada com o enfoque de gestão pública, temos que, no Brasil, o direito administrativo se depara com um grande obstáculo enquanto ferramenta nesse campo (gestão pública): dar conta dos conflitos internos da administração, seja no esforço para a efetivação de políticas públicas, que geram controvérsias por vezes de longa duração entre órgãos públicos, seja na identificação de situações localizadas de atritos interpessoais/institucionais, na administração, com a repercussão no entrave de ações urgentes, necessárias e estruturantes para a efetivação de direitos fundamentais.

Ainda que se considerem as diferenciações expostas por Bevir que chega a comentar sobre uma nova governança a que se voltaria para os aspectos mais práticos do dever social do Estado, fato é que efetivamente não há como deixar dissociadas de forma permanente as adjetivações aplicáveis à governança, tamanha a interrelação que, na prática, se observa nas ações do contexto social. Não existe licença no Estado para que os seus problemas sejam empecilho ao cumprimento de sua missão. Nenhum viés pode ser justificado ou justificativa.

A falta de solução de uma controvérsia administrativa, via de regra, é deletéria à satisfação por parte do Estado de seus fins de prestação do bom serviço a tempo e modo da demanda pendente, acorde com o direito à boa administração pública, assim como é

perniciosa em termos orçamentários, impactando em avaliação de segurança jurídica e gerando o custo do retardamento de soluções pendentes mediante acréscimos pecuniários.

Some-se a isto que os dilemas quanto ao atendimento da governança e da integridade administrativa há muito tempo têm focado na falta de cumprimento das normas relativas à probidade, olvidando-se, porém, que o assunto envolve outra face de igual relevância, ao se perceber que a efetiva integridade é fazer a res pública atender às suas principais finalidades, justificativas da constituição do Estado, com a possibilidade de conferir justiça diante da consecução dos serviços que o cidadão custeia. Em suma, a integridade administrativa é comumente associada à ausência de ilegalidades, mas este artigo argumenta que a integridade deve ser concebida como cumprimento das funções precípua do Estado, até para que se concretize a ideia da governança.

Não se pode tratar de governança se o Estado não se apercebe e não administra adequada e coordenadamente sobre as suas ações, em ampla escala, gerando a propagação das controvérsias internamente, deixando gerar, em si, as causas da litigância que lhe impactam a ação e o atendimento de políticas públicas.

Fincar na acepção de governança voltada para a organização interna de setores administrativos, na avaliação de percentuais de desempenho ou pela compilação de atingimento de metas não atinge a abrangência que o conceito pode impactar em possibilidade de transformação do Estado.

Cuida-se de uma condicionante intrínseca e não uma qualidade eventual. A abordagem da governança como a capacidade de administrar, no caso da esfera pública, requer o domínio do conhecimento suficiente para gerenciar capital humano no setor público, para produzir entregas efetivas, com adequado emprego de limitados recursos públicos, mediante a observância de princípios amplos e de matriz constitucional; implica um desafio inafastável do Estado, de cunho normativo e de necessária observância. Para torná-lo concreto, o movimento tende a ser mais significativo, pois, no agir humano, com relação à estrutura laborativa que o executará, os agentes públicos, enfim.

É este um importante elemento de transição para um outro aspecto tratado neste trabalho, que aborda a importante “variável” humana. Governança implica essencialmente a capacidade de gerenciar pessoas que tenham condições de atender aos demais critérios do conceito, de realizar entregas condizentes com os destinatários, com probidade, com integridade ou mediante a observância ética.

2. Integridade

O Estado depende de pessoas (agentes públicos) para desenvolverem as atividades previstas como as suas funções; os órgãos públicos funcionam porque há pessoas desenvolvendo as atividades, assim como porque há destinatários. A integridade, um dos princípios inscritos no art. 3º (inciso II) do Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, que trata “sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional”, corresponde a uma demanda normativa pertinente com as atividades desenvolvidas pelos agentes públicos. É a sua conduta, no desempenho de suas funções, que vem a projetar, ou não, esta concepção.

De acordo com registros da sabedoria oriental, quando se necessita expressar muito sobre determinado conceito é porque os seus fundamentos estão tão desgastados que a própria natureza humana, em forma de clamor, os traria presentes para que salvaguardem as reservas de valores remanescentes.

Quando uma norma comporta princípios desta hierarquia, como a integridade, também cabe a reflexão sobre as suas razões. De certo que a capacidade de prestação de contas envolve demonstração de que a integridade efetivamente se opera na gestão pública e que se justificam os investimentos adotados pelo cidadão, o que se certifica com o exercício da atividade de controle do ato administrativo, através do qual a Administração se expressa, mas existem camadas mais profundas que estes conceitos demandam investigar para se concluir que há conformidade de atuação com as demandas pendentes de atendimento. Mais que resolver um processo, há que se resolver o problema que o gerou. Para esta finalidade, passa-se a abordar mais conceitos imbricados com este assunto, na sequência.

3. Políticas Públicas

A função e razão de ser do Estado se manifestam através de ações que a literatura em gestão passou a denominar políticas públicas. BIRKLAND⁵ (2010, p. 8/9)⁶ tece um breve histórico sobre as suas origens, no início do século XX, até a sua sedimentação e expansão nos anos seguintes, especialmente nas décadas de 1950 e 1960, com a pesquisa de Harold

⁵ BIRKLAND, Thomas A. Na Introduction to the Policy Process – Theories, Concepts, and Models os Public Policy Making. 3 ed. New York: M. E. Sharpe, Inc., 2020:339p.

⁶ Em tradução livre:

“A política é feita em resposta a algum tipo de problema que requer atenção.

A política é feita em nome do “público”.

A política é orientada para um objetivo ou estado desejado, como a solução de um problema.

A política é, em última análise, elaborada pelos governos, mesmo que as ideias venham de fora do governo ou por meio da interação de atores governamentais e não governamentais.

A política é interpretada e implementada por atores públicos e privados que têm diferentes interpretações de problemas, soluções e suas próprias motivações.

Política é o que o governo escolhe fazer ou não fazer.”

Lasswell. Também resume sobre a dificuldade de alcance de uma definição consensual entre os acadêmicos e, narrando uma vivência profissional, descreve a sua sugestão de que uma determinada instituição que o consultara adotasse como definição a descrição dos serviços que efetivamente prestava. Assim, reflete que há critérios direcionadores do que se configura política pública, listando os seguintes elementos que importam considerar:

Policy is made in response to some sort of problem that requires attention.

Policy is made on the “public’s” behalf.

Policy is oriented towards a goal or desired state, such as the solution of a problem.

Policy is ultimately made by governments, even if the ideas come from outside government or through the interaction of government and non-government actors.

Policy is interpreted and implemented by public and private actors who have different interpretations of problems, solutions, and their own motivations.

Policy is what the government chooses to do or not to do.

Adiante, como resumindo os aspectos considerados integrantes desse conceito, arremata uma definição de que política pública como “⁷a statement by government – at whatever level – of what it intends to do about a public problem. Such statements can be found in the Constitution, statutes, regulation case law (that is, court decisions), agency or leadership decisions, or even in changes in the behavior of government officials at all levels.”.

Leciona, como dito acima, que existem as mais diversas formas de geração da política pública, assim como existem diversas modalidades de sua consecução, desde a normativa, até a execução das mais diversas medidas administrativas, forma de expressão do Estado frente ao cidadão.

E, finalmente, deixa uma ponderação instigante sobre a ideia de política implícita, ou seja, uma forma de manifestação estatal, na forma do poder político investido, que silencia sobre determinado assunto, indicando que a falta de abordagem sobre tais quais serviços ou prestações não são parte da expressão escolhida para o tratamento estatal. Descreve como realidade da cultura estadunidense, ressaltando que a mencionada interpretação quanto à configuração de políticas “implícitas”⁸, ou seja, pelo silêncio ou pela decisão quanto à não prestação não seria unanimidade em todas as nações.

⁷ Em tradução livre:

“uma declaração do governo – em qualquer nível – do que pretende fazer sobre um problema público. Tais declarações podem ser encontradas na Constituição, estatutos, jurisprudência regulamentar (ou seja, decisões judiciais), decisões de agências ou lideranças, ou mesmo em mudanças no comportamento de funcionários do governo em todos os níveis.”

⁸ (...) *we also define public policy as what government chooses not to do, the lack of a definitive statement of policy may be evidence of an implicit policy.*

Em tradução livre:

A discussão sobre esta ótica da não prestação dista do propósito desta discussão, mas a sua menção é relevante enquanto informação, até porque enseja a avaliação sobre em que situações a omissão decorre de deliberação implícita ou a falta de deliberação, a mera “falta do serviço”, já tão abordada na seara do direito administrativo e por vezes ensejadora de responsabilidade jurídica no cenário do direito codificado.

De outra parte, para compor a imagem com outros tons de cores, aglutina-se a abordagem sob o ângulo do destinatário da política pública, para a descrição do qual já se utilizou a expressão cidadão-cliente, como em PEREIRA⁹ (2009, p 344), o que significa aquele que tem o papel ativo, como eleitor, e o passivo, como o consumidor das políticas públicas:

(...) estabelece-se um conjunto contínuo de tarefas e valores que são distintivos do serviço público, com ênfase na garantia de participação dos cidadãos e na responsabilização dos administradores públicos. A ideia do cidadão como cidadão-cliente é central para a reforma da gestão pública. No entanto, ouvem-se frequentemente críticas a essa visão, sob o argumento de que ela reduziria o cidadão, primeiro, ao status de contribuinte e, depois, ao de cliente, quando ele é muito mais do que isso: ele é um cidadão que tem direitos e deveres políticos. Esse argumento não faz sentido. Sem dúvida, o verdadeiro cidadão tem direitos efetivos, inclusive o direito de ser respeitado pelos prestadores de serviços do Estado. A orientação para o cliente, importada da administração de empresas, significa exatamente isso: satisfazer as necessidades do cliente, respeitá-lo. Mas isso não significa que o direito do cidadão de participar esteja sendo deixado de lado, ou que a importância dos mecanismos e instituições de controle social esteja sendo subestimada. Ao contrário, a participação cívica é um elemento essencial das abordagens políticas e democrática da reforma da gestão pública.

Naturalmente, estes dois aspectos pincelados brevemente, não resumem a amplitude que tais pontos representam para a abordagem, mas significam ângulos sob os quais se pode apreciar a figura da atuação do Estado em face do tripé de sua conformação (território, poder e povo).

4. Justiça

A ideia de justiça vem sendo desafio humano há muito tempo. Há quem diga que uma das funções do Estado, mediante o exercício da coerção, é dar a oportunidade de que se concretize a justiça, sem que o império da força prevaleça nas disputas entre os homens. RAFFIN¹⁰, na obra coletiva coordenada por Rossi (2015, p. 265), ao analisar a noção política da Agamben, refere o laço social que pode existir com ou sem a presença do Estado, e

(...) também definimos política pública como aquilo que o governo escolhe não fazer, a falta de uma declaração definitiva de política pode ser evidência de uma política implícita.

⁹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública. Tradução: Maria Cristina Godoy. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

¹⁰ ROSSI, Miguel Ángel. El lazo social desde la filosofía política. Olivos: Grama Ediciones, 2015. 282 p

discorre que a política pode ser interpretada como mediação, momentos históricos houve e há em que o nível de contenda exigiu e ainda exige até o presente a intervenção dessa institucionalidade, para dar conta do equilíbrio da disputa e para a consecução formal da justiça.

Diz-se consecução formal porque não é o que necessariamente se realiza em todas as ocasiões e o produto da ação estatal, por via de consequência, não implica estar vinculada com a satisfação do desiderato de justiça como conceito, mas um entrega que pode ser bem incompleta e aquém da demanda, mas que se não ocorre, põe em xeque o papel, a função a ser desempenhada por quem a razão de existir é esta entrega.

Esta é uma abordagem da justiça: a media em que o Estado desenvolve a missão que é sua razão de existir.

Sócrates, na expressão de seu discípulo Platão, questionava, em um dos diálogos de “A República”, sobre este relevante conceito, envidando seu esforço maiêutico em face de Trasímaco, trouxe à avaliação a justiça e afirmava a relevância de seu debate no aspecto de que as conclusões que se fizessem naquele intercâmbio deveriam servir para ser imediatamente aplicadas à vida. Embora, ao concluir, Sócrates reacenda a dúvida quanto à abrangência deste conceito, traz alguns elementos que passam a ser singelamente sintetizados como; restituir o que é devido; não haver licitude em prejudicar alguém, em nenhuma ocasião; governantes não devem objetivar ou ordenar a sua própria vantagem, “seja qual for a natureza de sua autoridade”, mas sim a do “indivíduo para que governa” e “para quem exerce a sua arte”; o governante deve escolher o “vantajoso e conveniente para esse indivíduo que diz tudo o que diz e faz tudo o que faz”. (PLATÃO¹¹: 1987, p. 31/32)

Por sua vez, SANDEL¹² (2012, p. 135 e seg.) explicando a teoria de Kant para os imperativos de moral, chama atenção para o fato de que a noção moral kantiana está fundada em escolher a atuação de acordo com o dever, sendo o imperativo categórico o dever que se aplica universalmente a todos.

Na seara da gestão, observando os conceitos antes comentados, implica que as escolhas para as políticas públicas devem implicar a que se consumação de atos administrativos sejam desenvolvidos de forma a distribuição equilibrada dos meios materiais de que dispõe o Estado, para consagrar a distribuição equitativas das energias e recursos de forma a preservar a dignidade dos cidadãos, à medida de necessidade e condições. Para

¹¹ PLATÃO. A República. Tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987. 287p.

¹² SANDEL, Michael. Justiça – O que é fazer a coisa certa. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 8 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. 349 p.

identificar cada um desses aspectos, é imperioso haver coadunação entre a forma como o Estado se configura, o compromisso com este modelo e com a integralidade das funções estabelecidas, mais que que apenas a satisfação de requisitos formas que justificam os atos perante as medidas de controle.

5. Integridade e Governança na Gestão Pública para Consecução de Justiça

A concepção de democracia indica que a vontade de uma maioria sinaliza os rumos que uma comunidade adotará daquele momento em diante até a próxima escolha de gestores, mas não se passe a administrar tendo apenas como destinatários os que pensam de acordo com a concepção majoritária. Todas as acepções minoritárias são destinatárias das políticas públicas e, embora estas devam atender, com conformação, a uma visão de mundo do grupo majoritário, na prática devem ter a capacidade de satisfação também dos problemas que grupo minoritário.

Por razões lógicas, é no grupo minoritário que, via de regra, serão gerados os conflitos, pela natural oposição ou resistência frente à derrota na disputa. É na capacidade de composição desses contextos, obviamente antagônicos, que se avalia a capacidade de gestão. Ninguém melhor que um opositor para fomentar a elevação da qualidade de um projeto, visto de forma trivial.

Desta maneira, faz parte da construção da integridade na administração pública a possibilidade e a capacidade de recolher, apreciar e julgar com equilíbrio os problemas como massa de decisão para as ações do Estado. A integridade enquanto política pública implica o olhar em trezentos e sessenta graus, não apenas na construção de uma atividade com amplitude de avaliação técnica, quanto em diversificação de perspectivas de resultados. O tempo que demanda a obtenção dos efeitos pode até ser comparado com o tempo de não solução ou da solução insatisfatória.

Note-se que não se trata de colocar integridade como perfeição, mas constante processo de melhoria, sob a responsabilidade de todos. Quando o opositor de uma ideia não participa dela, ganha o direito de fazer a crítica até vazia, descartado da responsabilidade. Deixa de aportar a sua contribuição e o seu olhar diferenciado pode ser o elemento que falta para a complementação de uma imagem que indique uma solução.

Considerações Finais

Não se pode tratar de integridade, conformidade e governança enquanto não se logra o mínimo controle das demandas e sobre a forma de seu atendimento. Governança é

o esboço que delinea toda a concepção do Estado em todas as relações com o cidadão, não apenas nacional, e como considerável impacto na vida privada. Longe esteve o momento que decisões do Estado, em dadas situações, poderiam gerar apenas efeitos internos.

E qualquer choque de atuação tem o condão de gerar efeitos encadeados para o cidadão. É necessário fazer a avaliação de cada conflito sob o crivo da gestão de riscos das decisões administrativas, como choque de realidade inclusive no aspecto financeiro.

A governança pública envolve o sentido mais amplo que a gestão pública, porque é capacidade de atuação para além do que envolve a administração do Estado e a integridade comporta conceito que não se encerra apenas na falta de configuração do ilícito, ou o agir com moralidade, mas de alcançar a satisfação de políticas públicas com efetividade.

Observar a trajetória crescente com traço evolutivo a partir da observação histórica do percurso, mediante os registros dos erros escolhidos ao longo das experiências é que pode implicar margem para os acertos futuros. Perder a síntese e o aprendizado com o desacerto também pode ser deletério para as integridades, porque os erros ocasionam custos e devem ser aproveitados no processo de aprendizado, ainda que seja para sinalizar caminhos que não se pode repetir ou em que são necessárias mudanças antes de percorrer.

A oportunidade de rever o experimentado possibilita que o passado viabilize decisões mais acertadas do presente ou futuro, podendo haver retornos aos mesmos pontos, para buscar as causas de insucessos e gerar um planejamento de um novo agir com menos desacertos.

É este o cenário da gestão, é esta a expectativa, tanto que é um constante planejar-fazer-monitorar-avaliar que pretende a visão de integralidade ou integridade.

Duas maneiras de realizar este percurso: por tentativa e erro (Bevir e a NPM) ou mediante a adoção de técnica que demonstre a familiaridade com o ambiente da gestão e que comporte a responsabilidade de se saber agindo sobre um patrimônio limitado, muitas vezes até escasso, a custo de sacrifícios de algumas políticas públicas (o que também implica sacrifícios sobre vidas dos cidadãos envolvidos na condição de “patrocinadores” do Estado).

Governança pode ser o farol que ilumina e orienta, à medida em que o destino a ser alcançado é a efetividade, no caso da gestão pública, pois, de acordo com as lições desde a Grécia, decorre de habilitação, capacitação pelo exercício.

Integridade é mais que o domínio sobre os processos a serem experimentados e administrá-los, conduzindo ao atingimento das finalidades fixadas com o compromisso no ato de investidura dos gestores públicos, de qualquer que seja o escalão, cada qual com a sua função e nível de tomada de decisões e assunção de competências e responsabilidades.

Este ciclo virtuoso gera o valor e justiça social. É para ele que a sociedade credita seu patrimônio à figura do Estado e escolhe para este uma forma de democracia, justamente porque pode e tenciona acompanhar como todo este ciclo se desenvolve.

Referências Bibliográficas

BEVIR, Mark. Encyclopedia of Governance. 2 vols. planned. Califórnia, Sage Publications, 2006. 1.232p.

BEVIR, Mark. Governança Democrática: uma genealogia. Revista Sociologia Política, Curitiba, v. 19, jun 2011, p. 103-114.

BRASIL. Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. Acessível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm. Pesquisa em 29 de julho de 2023.

BIRKLAND, Thomas A. Na Introduction to the Policy Process – Theories, Concepts, and Models os Public Policy Making. 3 ed. New York: M. E. Sharpe, Inc., 2020339p.

MENAUT Antonio-Carlos Pereira. Política, Estado e Derecho. Madrid: Editorial Constitución y Leyes, 2008. 308 p.

MENDIETA, Manuel Villoria; SÁNCHEZ, Agustín Izquierdo. Ética pública y buen Gobierno. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2020. 523 p.

OCDE. Recomendação do Conselho da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico. Disponível em <https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>. Acesso em 1º de setembro de 2020.

PLATÃO. A República. Tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987. 287p.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública. Tradução: Maria Cristina Godoy. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

ROSSI, Miguel Ángel. El lazo social desde la filosofía política. Olivos: Grama Ediciones, 2015. 282 p.

SANDEL, Michael. Justiça – O que é fazer a coisa certa. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 8 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. 349 p.

Modificação na Oferta de Emprego: a Experiência Portuguesa em Políticas de (Re)Qualificação Profissional (*Reskills*)

Changing Job Supply: the Portuguese Experience In Professional (Re)Qualification Policies (Reskills)

Stéphanie da Silva Lietz¹

Sumário: 1 Introdução. 2 A digitalização do trabalho e a absorção de trabalhadores pelo mercado de trabalho. 2.1 Dados relativos às modificações da oferta de emprego. 2.2 A consequente aceleração na modificação das relações de trabalho com a crise da Covid-19. 2.3 Novas perspectivas do mercado de trabalho em 2023. 3 Responsabilidade do Estado Português quanto às políticas de pleno emprego. 4 A experiência portuguesa de (re)qualificação profissional (*reskills*). 5 Conclusão. 6 Referências.

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de abordar, em primeiro plano, a modificação na oferta de emprego a partir da aplicação de tecnologias (algoritmos, *robots*, inteligência artificial, *machine learning*, *cloud computing*, *big data* etc) no ambiente laboral e, em seguida, são apresentados dados que corroboram o risco do desemprego tecnológico em diversos países em decorrência da aplicação das tecnologias já existentes em substituição dos trabalhadores. Será dada especial atenção para Portugal, que possui na base do mercado de trabalho atividades tidas como repetitivas e com alto risco de automatização. Também são apresentados dados que demonstram a aceleração na introdução de tecnologias no ambiente laboral durante e após a crise da Covid-19, o que poderá reduzir a oferta de empregos. A partir desse cenário, será abordada a responsabilidade do Estado Português quanto às políticas de pleno emprego, com base na legislação nacional, comunitária e nos tratados e convenções a qual é signatário. Dar-se-á especial atenção às políticas públicas já adotadas no território português para minimizar o risco de desemprego e redução de renda. Sendo assim, partindo dos problemas apresentados, a pesquisa se desenvolve por meio do método hipotético-dedutivo para formular algumas hipóteses de possíveis segmentos. Por fim, conclui-se que além das políticas públicas já adotadas pelo Estado Português, é sensato pensar que elas sejam cumuladas com hipóteses complementares com objetivo de evitar o desemprego e a redução da renda.

Palavras-chave: tecnologia no ambiente laboral; desemprego tecnológico; requalificação; COVID-19; políticas de pleno emprego.

Abstract: This article aims to address, first, the modification in the supply of jobs from the application of technologies (algorithms, robots, artificial intelligence, machine learning, cloud computing, big data, etc.) in the workplace and then, data are presented that corroborate the risk of technological unemployment in several countries as a result of the application of existing technologies to replace workers. Special attention will be given to Portugal, which has at the base of the labor market activities considered repetitive and with high risk of automation. Data are also presented that show the acceleration in the introduction of technologies in the workplace during and after the Covid-19 crisis, which could reduce the supply of jobs. Based on this scenario, the responsibility of the Portuguese State regarding full employment policies will be addressed, based on national and European Community

¹ Mestranda em Direito Laboral pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Especialista em Direito do Trabalho pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - Uniritter. Especialista em Direito Previdenciário e Processo Previdenciário pelo Instituto Damásio de Direito - Faculdade Ibemec. Pesquisadora. Advogada. E-mail stephanilietz@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8146002387570128>.

legislation and the treaties and conventions to which it is a signatory. Special attention will be given to the public policies already adopted in Portugal to minimize the risk of unemployment and income reduction. Thus, starting from the problems presented, the research is developed through the hypothetical-deductive method to formulate some hypotheses of possible segments. Finally, it is concluded that in addition to the public policies already adopted by the Portuguese State, it is sensible to think that they are cumulated with complementary hypotheses with the objective of avoiding unemployment and income reduction.

Keywords: technology in the workplace; technological unemployment; reskilling; COVID-19; full employment policies.

1 Introdução

Estão em curso imensas modificações na seara laboral. Estas mudanças atingem tanto a forma de prestação de atividades, como também a oferta de emprego.

De forma massiva as empresas utilizam algoritmos, *robots*, inteligência artificial, *machine learning*, *cloud computing*, *big data* etc para substituição e controle dos trabalhadores. Os motivos são variados: desde a competitividade de mercado até redução de custos operacionais.

Estudos sobre a digitalização do trabalho existem há bastante tempo, envolvem inúmeras preocupações, porém, nos últimos anos, acentuou-se o debate sobre a modificação na oferta de emprego e o risco de desemprego tecnológico. Ainda nos anos 80 do século XX, Paulo Feldmann, economista e professor na Universidade de São Paulo (USP) publicou o livro “Robô: ruim com ele, pior sem ele”². Na obra afirmava-se que a industrialização não causaria desemprego. Ocorre que, passados quase 40 anos, o autor percebeu que a sua antiga tese não se aplica aos dias atuais e alerta para a alta probabilidade de um massivo desemprego tecnológico³. Esse fato se dá porque não se trata apenas de implementação de tecnologias digitais aplicadas à mecânica, mas sim da substituição da mão de obra humana por máquinas com capacidades “cognitivas” (raciocínio lógico-dedutivo) direcionadas para processos de tomada de decisão

Em um contexto onde os humanos podem ser substituídos, inclusive em tarefas ditas inteligentes, por sistemas digitais mais baratos/eficientes expõe os seguintes problemas: O que farão os humanos em uma sociedade sem empregos para humanos? Qual é o papel dos governos? Como a legislação deve ser pensada para proteger os direitos fundamentais básicos sem travar o desenvolvimento tecnológico? Este debate não é recente. No ano de 1982 o

² FELDMANN, Paulo. Robô: ruim com ele, pior sem ele. Ed. Trajetória. 1988.

³ FELDMAN, Paulo. Era dos robôs está chegando e vai eliminar milhões de empregos. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/artigos/era-dos-robos-esta-chegando-e-vai-eliminar-milhoes-de-empregos/>> Acesso 22 mai. 2023.

economista russo/estadunidense Wassily Leontief (laureado com o prêmio Nobel em 1973) no seu artigo *The Distribution of Work and Income*⁴, já se preocupava com a substituição dos trabalhadores por máquinas, alertando para o desemprego tecnológico. Entretanto, apenas nos últimos tempos é que o tema adquiriu um *status* realista mais credível.

Portanto, neste artigo o debate é acerca da modificação da oferta de emprego e dos riscos do desemprego, especificamente em Portugal, gerado pela implementação das tecnologias atuais - designado por desemprego tecnológico. Em razão do tema não ser isolado, tal tarefa será realizada através das análises de literatura jurídica/econômica especializada; da história do debate e da análise dos principais conceitos que definem o tema. Também será apresentado o panorama da aceleração da introdução de tecnologias no ambiente laboral durante e após a crise da Covid-19. Por fim, ao longo de todo o texto dar-se-á especial atenção às políticas públicas já adotadas no território português para minimizar o risco de desemprego e redução de renda.

2 A Digitalização do Trabalho e a Absorção de Trabalhadores Pelo Mercado de Trabalho

2.1 Dados Relativos às Modificações da Oferta de Emprego

Quando falamos em digitalização do trabalho e suas consequências, podemos verificar a sua extensão de maneira ampla através de dados, esses coletados por instituições internacionais preocupadas com o rumo que a digitalização pode dar no mercado de trabalho.

Uma dessas instituições é a *Organization for Economic Co-operation and Development* (OECD) que no ano de 2018 publicou um estudo⁵ com dados referentes à automatização dos postos de trabalho e emprego nos seus países membros. Neste estudo foi verificado que o risco de desemprego varia conforme a região, demonstrando que há risco menor de automatização dos postos de trabalho nas regiões centrais dos países⁶ e que nestas regiões centrais é onde se concentra o maior percentual de criação de empregos⁷.

Do mesmo modo, a OECD aferiu, por meio da classificação em três categorias de riscos⁸, que 14% de todos os postos de trabalho dos seus países membros possuem alto risco

⁴ LEONTIEF, Wassily W. *The Distribution of Work and Income*, in *Scientific American*. Vol. 247, n.º. 3, 1982, pp. 188–205.

⁵ *Job Creation and Local Economic Development 2018: Preparing for the Future of Work*, OECD Publishing, 2018, Paris.

⁶ *Job Creation and...* *cit* figure 2.

⁷ *Job Creation and...* *cit* figure 1.

⁸ As categorias de risco são: alto, médio ou baixo. A classificação varia conforme o percentual de risco. Assim, considera-se alto risco quando há chance superior a 70% de ocorrer a automatização; médio de 50% a 70% de chances; baixo inferior a 50%.

de automatização e 32% dos postos de trabalho possuem a probabilidade de que parte das atividades sejam automatizadas. Isso demonstra que uma parcela significativa dos trabalhadores dos seus estados membros estão sob ameaça de desemprego tecnológico.

Além disso, o relatório afirma que ao longo de 5 anos os países verificados no estudo diminuiram a oferta de postos de trabalho com maior risco de automatização em 80% e aumentaram a oferta em empregos com médio ou baixo risco. No longo prazo a modificação gradual das ofertas de trabalho poderão evitar que uma grande massa de trabalhadores fiquem fora do mercado laboral simultaneamente.

Em Portugal o cenário também é preocupante. O relatório elaborado no ano de 2019 pela parceria da Nova School Of Business & Economics (Nova SBE) com a Confederação Empresarial de Portugal (CIP)⁹ acendeu um sinal de alerta, não só para o fato de que grande parte das atividades laborais poderão ser automatizadas, mas especialmente pela variação do risco entre regiões dentro do próprio país.

Por meio dos dados colhidos pela Nova SBE e CIP, foi identificado que, com a tecnologia já existente, 52% das horas de atividades dispostas hoje no mercado de trabalho Português são repetitivas e com alto risco (mais de 70% de chances) de automatização; projeta-se que até 2030, com a criação de novas tecnologias, esse percentual aumentará para 67% das horas de atividades. Esses números decorrem do fato de Portugal concentrar grande parte das atividades laborais em atividades repetitivas, como é o caso do setor manufatureiro (22% do tempo de trabalho), comércio (19% do tempo de trabalho) e atividades administrativas (10% do tempo de trabalho), que são facilmente substituídas por máquinas. Embora apenas 2% das atividades possam ser totalmente automatizadas¹⁰, dos países considerados no relatório, Portugal encontra-se no 2º lugar do *ranking* de possibilidade de automação do trabalho, perdendo apenas para o Japão (53% de chances de automatização das atividades)¹¹.

Além de trazer dados atuais, o relatório também apresenta a ideia de que independente da perda ou criação de novos postos de trabalho, a preocupação deve ser centrada no fato de que esses trabalhadores deverão alterar suas ocupações ou adquirir novas competências até 2030 (*skills*) para que possam ser absorvidos pelo novo modelo de mercado de trabalho. É a partir desses dados que os países podem verificar as profissões e regiões com maior risco de desemprego tecnológico, permitindo antecipar medidas para combatê-lo de modo que se adequem à realidade de cada região. Ao mesmo tempo, os dados também

⁹ O Futuro do Trabalho em Portugal: O Imperativo da Requalificação. Nova SBE. Lisboa, 2019.

¹⁰ O Futuro... *cit* figure 3, p. 13.

¹¹ O Futuro... *cit* figure 2, p. 12.

analisam fatores que levam ou não a automatização: oferta de trabalhadores, custo de automatização, salário médio do país etc. No caso de Portugal, segundo o relatório, há uma grande oferta de empregos e escassez de trabalhadores, o que pode levar à aceleração da automatização para suprir essa falha.

Os dados analisados, em que pese bastante significativos, referem-se ao período anterior à pandemia de COVID-19. A crise sanitária mundial trouxe consequências em setores como da saúde, da educação, da economia e atingiu principalmente o trabalho. Por essa razão, durante a crise foi percebida uma brusca modificação no setor laboral, desde a implementação de tecnologia para a manutenção do emprego, como também o fim de inúmeros postos de trabalho, e esses dados foram coletados pelo *World Economic Forum* (WEF) como se passará analisar.

2.2 A Consequente Aceleração na Modificação das Relações de Trabalho com a crise da Covid-19

A partir de 2020 o mundo se deparou com eventos que exigiram do Poder Público uma participação ativa em diversas áreas, dentre elas foi o fornecimento de suporte financeiro para trabalhadores e empregadores que tiveram seus rendimentos afetados pelo *lockdown* decretado em diversos períodos nos últimos 3 anos. As medidas também tinham o objetivo de evitar que houvesse o encerramento dos postos de trabalho. Embora alguns estados tenham tido sucesso no seus objetivos, a crise do COVID-19 trouxe modificações no âmbito laboral que são definitivas.

Como exposto anteriormente, o teletrabalho é uma das “inovações”¹² que, mesmo após o fim das restrições governamentais, muitos trabalhadores e empresas optaram por dar continuidade nesse modelo de prestação de trabalho. A manutenção do teletrabalho pode ser encarado como uma consequência, até então, positiva aos trabalhadores. No entanto, a digitalização do trabalho e adoção de novas tecnologias acelerou durante a pandemia, é o que mostra o relatório *Future of Jobs Survey 2020*, do *World Economic Forum* (WEF)¹³.

Os dados pelo WEF demonstram que durante a crise as empresas que participaram do estudo aceleraram em 84% a digitalização do trabalho, 83% da força de trabalho executou atividades remotas e aceleraram em 50% a automatização das atividades¹⁴, demonstrando que as empresas estão prontas para dar esse passo em direção a digitalização dos processos do trabalho, mediante a adoção de *cloud computing*, *big data*, inteligência artificial etc. Por via de

¹² Não se trata na verdade de uma inovação, mas sim de um aprimoramento do trabalho à distância.

¹³ Future of Jobs Survey 2020. World Economic Forum (WEF).

¹⁴ Future of Jobs... *cit* figure 5, p. 14.

consequência deste processo, estima-se que até 2025 haja uma diminuição na oferta de trabalho relacionada às atividades repetitivas, passando de 15,4% para 9% da base total de funcionários das empresas questionadas¹⁵. Por sua vez, a oferta de trabalho em atividades relacionadas à tecnologia, *e.g. Data Analysts and Scientists*, aumentarão 7,8% para 13,5%, da base total de funcionários das empresas questionadas¹⁶.

O crescimento pode ser verificado também no fato de que em 2020 o compartilhamento das atividades dos humanos e máquinas é de 67% força de trabalho humana e 33% força de trabalho das máquinas. Contudo, estima-se que até 2025 o compartilhamento das atividades dos humanos e máquinas seja nivelado, com o crescimento de 14% força de trabalho das máquinas, perfazendo os percentuais de 53% força de trabalho humana e 47% força de trabalho das máquinas. Esses números aumentam conforme a atividade, como é o exemplo do setor de informação e processamento de dados cujo percentual da força de trabalho humana até 2025 será inferior à 40%; em contrapartida, o setor de coordenação, desenvolvimento, gestão e aconselhamento será predominantemente humano, totalizando um percentual superior a 60%.

Além disso, em que pese o número de postos de trabalho perdidos seja inferior ao número de empregos disponíveis (descritos como *job of tomorrow*), verifica-se no relatório de 2020 uma tendência de enfraquecimento na oferta de trabalho em comparação a dados de anos anteriores.

2.3 Novas Perspectivas do Mercado de Trabalho em 2023

O relatório *Future of Jobs Report* citado anteriormente se trata de uma série de pesquisas realizadas com a participação de diversas empresas e sua publicação ocorre bianualmente desde o ano de 2015. No dia 30 de abril de 2023 foi publicada a 4ª edição, oportunidade em que foram apresentados dados atualizados no mercado de trabalho após a crise da COVID-19.

Como visto anteriormente, no relatório de 2020 havia grande expectativa de aceleração da digitalização e automação dos processos laborais e os dados indicavam que em um curto espaço de tempo ocorreria o desemprego tecnológico. Contudo, tal realidade não ocorreu. Pela pesquisa divulgada recentemente, verifica-se que a modificação no mercado de trabalho está em curso, porém, a automação de processos industriais, especialmente a interface homem-máquina, não foi tão rápida como indicava o relatório de 2020.

¹⁵ Future of Jobs... *cit* p. 29.

¹⁶ Future of Jobs... *cit* figure 22, p. 30.

Tradicionalmente o relatório apresenta previsões para um período de 5 anos. Nessas previsões inclui o compartilhamento de atividades entre homens e máquinas. No ano de 2022 esse compartilhamento era de 34% das atividades laborais desenvolvidas por máquinas e 66% desenvolvidas por humanos, ou seja, em 2 anos houve o aumento da participação de máquinas de somente 1% em comparação com os dados do relatório de 2020¹⁷. Por sua vez, para 2027 o relatório projeta que 43% das atividades serão desenvolvidas por máquinas, ou seja, em apenas cinco anos haverá um aumento de 9% no uso da tecnologia no ambiente laboral.

Em que pese a projeção de redução do trabalho humano, a redução dos postos de trabalho representa apenas 2% do total de empregos, tratando-se de percentual razoavelmente baixo. Todavia, projeta-se que em 5 anos 23% de todos os trabalhos atuais serão modificados e 44% das competências essenciais dos trabalhos atuais serão alteradas. Por essa razão, os trabalhadores necessitarão de novas qualificações (*skills*) para que possam ser absorvidos pelo novo mercado laboral.

Contudo, tal como indicado no relatório de 2020, o aumento e redução na oferta de emprego é variável conforme a atividade. Vejamos que as atividades ligadas à tecnologia, e.g. *AI and Machine Learning Specialist*, está em crescimento acelerado, enquanto que as atividades repetitivas, tais como caixa de banco, funcionários de correios etc, se tornaram obsoletas e poderão desaparecer¹⁸. Desta forma, o que se percebe é um aumento da exigência de competências variadas¹⁹, além das competências digitais para que possam utilizar as novas ferramentas de trabalho, demandando que os trabalhadores estejam em constante aprendizado.

Assim, torna-se evidente a modificação qualitativa do mercado de trabalho e quantitativa da oferta de trabalho em um curto período de tempo. Ainda, a substituição da mão de obra humana poderá causar longos períodos de desemprego aos trabalhadores; o desemprego nestes casos tem estreita relação com a atividade que é desenvolvida do trabalhador, exigindo que os trabalhadores que queiram permanecer ativos a adaptar-se e aprender novas *skills*.

¹⁷ Future of Jobs Survey 2023. World Economic Forum (WEF), p. 26.

¹⁸ Future of Jobs Survey 2023... *cit* figure 3.3, p. 30.

¹⁹ “The core skills top 10 is completed by two attitudes relating to working with others – empathy and active listening and leadership and social influence – and quality control. Constituting 5% of worker skill sets despite ranking tenth, quality control is an example of a skill particularly important to a limited cohort of businesses. Management skills, engagement skills, technology skills, ethics and physical abilities are generally considered to be less important than cognition, self-efficacy, and working with others.” Future of Jobs Survey 2023... *cit* p. 38.

3 A Responsabilidade do Estado Português quanto às Políticas de Pleno Emprego

É fundamental para a continuidade do presente trabalho abordar a responsabilidade do Estado Português em possibilitar, facilitar e propor políticas de pleno emprego para a sociedade. Trabalho é um direito fundamental e, no cenário em que há risco de modificações laborais que podem ocasionar o desemprego de uma parcela da população, é dever do poder público agir de modo que seja minimizado ou eliminado o problema.

A Constituição Portuguesa²⁰ tratou de assegurar o direito ao trabalho como direito fundamental no n.º 1 do artigo 58.º, que está inserido no Capítulo I (Direito e deveres económicos) do Título III (Direitos e deveres económicos, sociais e culturais). Assim, o trabalho constituiu um dos pilares sociais e económicos da sociedade portuguesa.

Além da regra constitucional, em razão de Portugal estar inserido no bloco económico da União Europeia (UE), o país deve seguir as regras comunitárias relacionadas a temática laboral. A UE não mede esforços em conceber o trabalho como direito à todos, inclusive estabeleceu o ano de 1997 a Estratégia Europeia de Emprego (EEE) com o fim de auxiliar os Estados-membros nas estratégias para melhoria das políticas de emprego, mediante a criação objetivos e metas que devem ser cumpridas para aumentar quantitativamente e qualitativamente a oferta de empregos na UE. A partir de 2010, a EEE passou a integrar 4 das 10 orientações da estratégia de crescimento denominada Europa 2020.

Do mesmo modo, Portugal comprometeu-se perante diversos tratados internacionais, dentre elas encontram-se a Convenção n.º 88 sobre Serviço de Emprego (vigência a partir de 23/06/1973)²¹ e a Convenção n.º 122 sobre Política de Emprego (vigência a partir de 09/01/1982)²², ambas da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Pela leitura das legislações percebe-se que o Estado tem um dever de agir em situações que podem pôr em risco a oferta de trabalho, e essa proteção se dá por meio das políticas de emprego. As políticas ativas de emprego podem ser resumidas como:

²⁰ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa (CRP), de 25 de abril de 1974. Disponível em <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>>. Acesso em 26 mai. 2023.

²¹ Convenção n.º 88, relativa à organização do serviço de emprego, de 9 de Julho de 1948. 31.ª Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho (OIT). São Francisco: OIT. Disponível em <<https://gddc.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-no-88-relativa-organizacao-do-servico-de-emprego-0>>. Acesso 26 mai. 2023.

²² Convenção n.º 122, relativa à política de emprego, de 17 de Junho de 1964. 48.ª sessão da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Filadélfia: OIT. Disponível em <<https://gddc.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-no-122-relativa-politica-de-emprego-0>>. Acesso 26 mai. 2023.

“um conjunto diversificado de medidas que têm como objetivo comum melhorar o funcionamento do mercado de trabalho, estimular a criação e a manutenção de postos de trabalho, apoiar os desempregados na inserção no mercado de trabalho e reforçar a qualificação e empregabilidade dos trabalhadores, quer estejam no ativo ou desempregados.”²³.

Atualmente, políticas de emprego estão reguladas através do Decreto-Lei n.º 13/2015, de 26 de janeiro²⁴, cujo os objetivos (artigo 3.º) e os princípios (artigo 4.º) estão expostos de modo que deixa claro que se trata da regulação de como se dará a proteção ao direito ao trabalho. As políticas são divididas em programas de apoios gerais e programas específicos, que visam combater problemas dentro das particularidades de cada situação.

Dentre os programas gerais está previsto o Programa de apoio à contratação (artigo 9.º), Programa de apoio ao empreendedorismo (artigo 10.º), Programa de apoio à integração (artigo 11.º) e Programa de apoio à inserção (artigo 12.º), sendo esses dois últimos voltados para a formação, qualificação e requalificação dos trabalhadores. Todas essas quatro políticas são denominadas como políticas ativas de empregos. Igualmente, existem as políticas passivas, que constituem-se do subsídio de desemprego e rendimento social de reinserção (artigo 17.º).

Desta forma, o Estado português é responsável pela criação de políticas de pleno emprego e sua responsabilidade é igualmente expressa na legislação infraconstitucional, especificamente no artigo 6.º do Código do Trabalho²⁵ que dispõe sobre os “deveres do Estado em matéria de formação profissional”. De acordo com o texto do referido artigo, o Estado deve agir como garantidor da formação e requalificação profissional dos cidadãos desde a entrada na vida ativa. Igualmente, no artigo 1.º da Convenção n.º 122 da OIT cabe ao estado signatário “declarar e aplicar, como objetivo essencial, uma política ativa com vista a promover o pleno emprego”²⁶.

²³ SILVA, Ana Benilde Melo. Análise das Políticas Ativas de Emprego Portuguesas [projeto de mestrado], Coimbra, 2017, p. 3. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/82205/1/An%C3%A1lise%20das%20pol%C3%ADticas%20ativas%20de%20emprego.pdf>>. Acesso em 24/05/2023.

²⁴ PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 13/2015, de 26 de janeiro de 2015. Disponível em <<https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/13-2015-66325237>>. Acesso em 26 mai. 2023.

²⁵ Artigo 6.º - Deveres do Estado em matéria de formação profissional. 1 - Compete ao Estado garantir o acesso dos cidadãos à formação profissional, permitindo a todos a aquisição e a permanente actualização dos conhecimentos e competências, desde a entrada na vida activa, e proporcionar os apoios públicos ao funcionamento do sistema de formação profissional. 2 - Compete ao Estado, em particular, garantir a qualificação inicial de jovens que pretendem ingressar no mercado de trabalho, a qualificação ou a reconversão profissional de desempregados, com vista ao seu rápido ingresso no mercado de trabalho, e promover a integração sócio-profissional de grupos com particulares dificuldades de inserção, através do desenvolvimento de acções de formação profissional especial.

²⁶ Convenção n.º 122, relativa à política de emprego, de 17 de Junho de 1964. 48.ª sessão da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Filadélfia: OIT. Disponível em <<https://gddc.ministeriublico.pt/instrumento/convencao-no-122-relativa-politica-de-emprego-0>>. Acesso 26 mai. 2023.

Portanto, considerando o risco do desemprego tecnológico até então debatido, a necessidade de qualificação e requalificação profissional dos trabalhadores, associada à responsabilidade do Estado, mostra-se necessária a intervenção do Poder Público na criação de políticas para minimizar o risco de desemprego e de redução de renda.

4 A Experiência Portuguesa em Políticas de (Re)Qualificação Profissional (*Reskills*)

Nas pesquisas até então dispostas ao longo do presente trabalho²⁷ há a indicação, como um processo necessário para a absorção dos trabalhadores pelo novo mercado de trabalho, o retreinamento e/ou requalificação dos trabalhadores, especialmente, para aquisição de competências digitais.

A responsabilidade não fica limitada ao Poder Público, recaindo também sobre empresas e parceiros sociais, em razão da responsabilidade de todos em razão da estreita relação entre o bem estar social (*welfare state*) com o direito ao trabalho e com as condições mínimas de renda.

Diante da evidente necessidade de resolver o problema da modificação do mercado de trabalho, especialmente o risco de desemprego tecnológico, bem como da ambição de Portugal de se tornar um país de referência em competências digitais, nos últimos anos foram criados programas de qualificação e requalificação profissional de trabalhadores e desempregados. No ano de 2020 foi aprovado o Plano de Ação para a Transição Digital, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 30/2020²⁸, que envolve a participação dos cidadãos, do empresariado e do Poder Público. O plano é denominado Estrutura de Missão Portugal Digital (EMPD) e é dividido em três pilares, sendo o primeiro pilar denominado como Capacitação e inclusão digital das pessoas e constitui-se em três subpilares: educação digital, formação profissional e requalificação, e inclusão e literacia digital (n.º 2).

Todavia, em 2012 Portugal já havia sinalizado a digitalização do país, por meio da Agenda Portugal Digital. O programa foi desenvolvido através da Resolução do Conselho

²⁷ Para evitar indevida tautologia, relaciona-se aos relatórios apresentados ao longo do trabalho. Tais Como: The Future of Jobs Report, World Economic Forum (WEF), 2016. Future of Jobs Survey 2020, World Economic Forum (WEF), 2020. Future of Jobs Survey 2023, World Economic Forum (WEF), 2023. OECD Economic Surveys: Portugal 2021, OECD Publishing, Paris, 2021. Job Creation and Local Economic Development 2018: Preparing for the Future of Work, OECD Publishing, 2018, Paris.

²⁸ Resolução do Conselho de Ministros n.º 30/2020, que aprova o Plano de Ação para a Transição Digital, de 21 de abril de 2020. Presidência do Conselho de Ministros. Disponível em: <<https://files.dre.pt/1s/2020/04/07800/0000600032.pdf>>. Acesso 26 mai. 2023.

de Ministros n.º 112/2012²⁹, e foi atualizada em 2015 através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 22/2015³⁰. Embora não tivesse relação direta com a requalificação e formação digital, a Agenda Portugal Digital já era um passo importante para a melhorar a literacia, qualificação e inclusão digital (Área de Intervenção 3).

Igualmente em 2015, foi criada a medida de financiamento para estimular a formação e qualificação profissional que foi intitulada como Cheque-formação, por meio da Portaria n.º 229/2015³¹. Esta política ativa de emprego possui regras próprias para o acesso ao apoio pecuniário (artigo 4.º), sendo destinada aos trabalhadores empregados e desempregados (artigo 2.º). Contudo, pelo programa é criticado³² pelo fato de que não poder ser cumulado com outros programas (artigo 14.º), pelo fato do valor ser bastante baixo³³ e abranger apenas cursos de curta duração³⁴.

Ainda, recentemente foi criado em Portugal o programa Garantia Digital que surge a partir do Plano de Ação para a Transição Digital (Resolução do Conselho de Ministros n.º 30/2020)³⁵ e é um programa de apoio financeiro em resposta ao COVID-19. O objetivo é fornecer até 2023 formação nas áreas de competências digitais para jovens e velhos ou novos desempregados. Há também a Iniciativa Nacional Competência Digitais e.2030, Portugal INCoDe.2030³⁶, que se trata de uma política pública criada em 2017 com o fim de promover competências digitais aos cidadãos, jovens ou adultos. O programa é estruturado em cinco eixos de ação: educação e formação profissional; qualificação e requalificação; inclusão; formação avançada; investigação.

É de grande importância destacar que o programa Portugal INCoDe.2030 também abriu espaço para ideias ambiciosas, tal como a estratégia Advanced Computing Portugal 2030 que tem como objetivo computação científica de alta avançada (Ciberinfraestrutura

²⁹ Resolução do Conselho de Ministros n.º 112/2012, que aprova a Agenda Portugal Digital, de 31 de dezembro de 2012. Presidência do Conselho de Ministros. Disponível em: <<https://dre.pt/dre/detalhe/resolucao-conselho-ministros/112-2012-189514>>. Acesso 26 mai. 2023.

³⁰ Resolução do Conselho de Ministros n.º 22/2015, que procede à primeira alteração à Resolução do Conselho de Ministros n.º 112/2012, de 31 de dezembro, que aprovou a Agenda Portugal Digital. Presidência do Conselho de Ministros. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/resolucao-conselho-ministros/22-2015-66997036?_ts=1672704000034>. Acesso 26 mai. 2023.

³¹ Portaria n.º 229/2015, que cria a medida cheque-formação, de 3 de agosto de 2015. Ministério da Solidariedade, Emprego e Segurança Social. Disponível em: <<https://dre.pt/dre/detalhe/portaria/229-2015-69927766>>. Acesso 26 mai. 2023.

³² OECD Economic Surveys: Portugal 2021. OECD Publishing, Paris, 2021, p. 96.

³³ Trabalhadores empregados: um valor/hora de € 4, limitado ao máximo de € 175. Trabalhadores desempregados: limitado ao valor máximo de € 500,00.

³⁴ Trabalhadores empregados cursos de até 50 horas. Trabalhadores desempregados cursos de até 150 horas.

³⁵ Resolução do Conselho de Ministros n.º 30/2020, que aprova o Plano de Ação para a Transição Digital, de 21 de abril de 2020. Presidência do Conselho de Ministros. Disponível em: <<https://files.dre.pt/1s/2020/04/07800/0000600032.pdf>>. Acesso 26 mai. 2023.

³⁶ Mais informações disponíveis em: <<https://www.incode2030.gov.pt/>>. Acesso em 22 mai. 2023.

Avançada) em Portugal até 2030. Como estratégia se quer desenvolver e reter trabalhadores altamente qualificados na área de informática avançada, além de criar infraestrutura computacional e políticas públicas para o desenvolvimento de software de elevado valor. Atualmente, o programa conta com dois supercomputadores: BOB (2019) e Deucalion (2020), ambos instalados na Minho Advanced Computing Centre (MACC).

Ainda com base no programa Portugal Digital, em março de 2020 foi criado o Programa UPskills³⁷, que tem o objetivo de fornecer requalificação profissional aos desempregados e trabalhadores em subemprego nas áreas de Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC). O programa tem iniciativa conjunta com o Instituto de Emprego e Formação Profissional, Institutos Superiores Politécnicos, Instituto Universitário de Lisboa, Universidade do Algarve e, ainda, conta com o apoio de diversas empresas. O apoio empresarial se dá por meio da Associação Portuguesa para o Desenvolvimento das Comunicações e sua participação é fundamental para que os trabalhadores requalificados sejam absorvidos pelo mercado de trabalho, mais especificamente pelas empresas parceiras do programa. Trata-se de uma via de mão dupla em que tanto trabalhadores quanto empregadores são beneficiados.

Por fim, apresenta-se como modelo de formação e requalificação profissional o programa Emprego Mais Digital, elaborado pela Confederação Empresarial de Portugal (CIP) em parceria com o Instituto do Emprego e Formação Profissional (IEFP), Infraestruturas Portugal (I.P), Estrutura de Missão Portugal Digital (EMPD) e tem participação do Fundo Europeu, além de contar com 22 associações parceiras. O objetivo do Emprego Mais Digital é semelhante aos demais programas, contudo, ele é dirigido especificamente às empresas portuguesas associadas a CIP e aos respectivos trabalhadores dessas empresas. Trata-se de um serviço gratuito que faz o estudo das necessidades de cada empresa, criando planos de formação em competências para a *digital economy*.

Dentre os programas apresentados, é possível visualizar que há grande similaridade entre eles, uma vez que são voltados para competências digitais e para o mercado digital. Além disso, observa-se que a preocupação não é somente do Estado Português, mas também de entidades empresariais que estão em alerta para as modificações no âmbito do trabalho. Assim, a oferta de formação, qualificação e requalificação profissional é dos principais meios de diminuir os desempregados e a vacância de empregos, uma vez que permite a realocação de trabalhadores nas novas demandas de trabalho.

³⁷ Mais informações disponíveis em <<https://upskill.pt/>>. Acesso em 22 mai. 2023.

5 Conclusão

A existência de importantes modificações no mundo do trabalho é fato incontroverso. Essas mudanças ocorrem a partir do emprego da tecnologia digital no ambiente laboral, inclusive, em alguns casos, com a substituição da mão de obra humana por máquinas. Sucede-se que o desemprego é uma consequência - embora controversa para alguns autores - iminente por conta da velocidade que pode ocorrer o encerramento de postos de trabalho, modificações das atividades, qualificações exigidas dos trabalhadores e até mesmo a substituição (em definitivo) da mão de obra humana. Contudo, tudo isso pode ser minimizado com a adoção de políticas públicas voltadas para a proteção do emprego e renda.

No caso de Portugal, essas preocupações já são evidentes com a adoção de programas de responsabilidade do Estado, como agente responsável por possibilitar, facilitar e propor políticas de pleno emprego para a sociedade. Além disso, a preocupação parte também de entidades denominadas como parceiros sociais, que pesquisam e apresentam dados alarmantes para um país cujo mercado de trabalho pode ser abruptamente modificado com a tecnologia já existente. Desta forma, Portugal se mostra atento para os riscos que a era digital traz para o mercado de trabalho e tenta agir com antecipação.

Ao analisar as políticas públicas é possível perceber que todas elas passam pela educação, treinamento e qualificação dos trabalhadores - tanto aqueles já inseridos, quanto os jovens que pretendem ingressar no mercado de trabalho. Igualmente, os programas adotados vão ao encontro das previsões apresentadas nos relatórios do WEF, na medida em que eles envolvem o ensino e/ou aperfeiçoamento de competências digitais.

Ademais, embora tenham sido apresentadas algumas das principais políticas públicas acerca da retreinamento e qualificação/requalificação profissional, é importante que elas sejam aplicadas e observadas em conjunto e, preferencialmente de modo que se complementam, com outras ideias além dessas que já estão em execução, com objetivo de evitar o desemprego e a redução da renda. A título de exemplo, pode-se citar a flexibilização/redução da jornada semanal de trabalho para possibilitar o retreinamento e/ou requalificação profissional (*reskills*) dos trabalhadores, ou ainda, a redistribuição de renda tendo em conta os lucros que poderão surgir devido a utilização da tecnologia.

A presente pesquisa não tem a pretensão de esgotar o tema, haja vista a grande relevância e a necessidade de serem observadas novas ideias e não somente as políticas públicas já aplicadas; todavia, devido às delimitações metodológicas, não foram passíveis de análise nesta pesquisa.

6 Referências

Convenção n.º 88, relativa à organização do serviço de emprego, de 9 de Julho de 1948. 31.^a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho (OIT). São Francisco: OIT. Disponível em <<https://gddc.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-no-88-relativa-organizacao-do-servico-de-emprego-0>>. Acesso 26 mai. 2023.

Convenção n.º 122, relativa à política de emprego, de 17 de Junho de 1964. 48.^a sessão da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Filadélfia: OIT. Disponível em <<https://gddc.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-no-122-relativa-politica-de-emprego-0>>. Acesso 26 mai. 2023.

FELDMAN, Paulo. Era dos robôs está chegando e vai eliminar milhões de empregos. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/artigos/era-dos-robos-esta-chegando-e-vai-eliminar-milhoes-de-empregos/>> Acesso 22 mai. 2023.

FELDMANN, Paulo. Robô: ruim com ele, pior sem ele. Ed. Trajetória. 1988.

Future of Jobs Survey 2020. World Economic Forum (WEF).

Future of Jobs Survey 2023. World Economic Forum (WEF).

Job Creation and Local Economic Development 2018: Preparing for the Future of Work, OECD Publishing, 2018, Paris.

LEONTIEF, Wassily W. The Distribution of Work and Income, in Scientific American. Vol. 247, n.º 3, 1982, pp. 188–205.

OECD Economic Surveys: Portugal 2021. OECD Publishing, Paris, 2021.

O Futuro do Trabalho em Portugal: O Imperativo da Requalificação. Nova SBE. Lisboa, 2019.

Portaria n.º 229/2015, que cria a medida de cheque-formação, de 3 de agosto de 2015. Ministério da Solidariedade, Emprego e Segurança Social. Disponível em: <<https://dre.pt/dre/detalhe/portaria/229-2015-69927766>>. Acesso 26 mai. 2023.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa (CRP), de 25 de abril de 1974. Disponível em <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>> . Acesso em 26 mai. 2023.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 13/2015, de 26 de janeiro de 2015. Disponível em <<https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/13-2015-66325237>>. Acesso em 26 mai. 2023.

PORTUGAL. Lei n.º 7/2009. Código do Trabalho (CT). Disponível em: <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2009-34546475>>. Acesso 26.0mai. 2023.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 30/2020, que aprova o Plano de Ação para a Transição Digital, de 21 de abril de 2020. Presidência do Conselho de Ministros. Disponível em: <<https://files.dre.pt/1s/2020/04/07800/0000600032.pdf>>. Acesso 26 mai. 2023.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 112/2012, que aprova a Agenda Portugal Digital, de 31 de dezembro de 2012. Presidência do Conselho de Ministros. Disponível em: <<https://dre.pt/dre/detalhe/resolucao-conselho-ministros/112-2012-189514>>. Acesso 26 mai. 2023.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 22/2015, que procede à primeira alteração à Resolução do Conselho de Ministros n.º 112/2012, de 31 de dezembro, que aprovou a Agenda Portugal Digital. Presidência do Conselho de Ministros. Disponível em: <<https://dre.pt/dre/detalhe/resolucao-conselho-ministros/22-2015-66997036?ts=1672704000034>>. Acesso 26 mai. 2023.

SILVA, Ana Benilde Melo. Análise das Políticas Ativas de Emprego Portuguesas [projeto de mestrado], Coimbra, 2017, p. 3. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/82205/1/An%c3%a1lise%20das%20pol%c3%adticas%20ativas%20de%20emprego.pdf>>. Acesso em 24/05/2023.

Filtro nas Cortes Superiores, Inteligência Artificial e o Direito FUNDAMENTAL de Acesso à Justiça¹

Stefanie Turatti²

RESUMO:

O presente artigo terá como objetivo analisar o uso da Inteligência Artificial como filtro de acesso pelas Cortes Superiores, sob a perspectiva do acesso à justiça. A investigação se mostrará no plano da concretização dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal e o eventual óbice de acesso à justiça no uso de ferramentas de Inteligência Artificial, na perspectiva da celeridade processual *vs* o dever de fundamentação que está intrinsecamente vinculado ao acesso à justiça. O estudo será realizado sob a ótica da transparência dos algoritmos em na tomada de decisão. A metodologia utilizada teve como métodos de abordagem, o dedutivo e a análise qualitativa e, como técnica de pesquisa, a documentação indireta, obtida por meio de pesquisa documental e bibliográfica.

Palavras-chave: Inteligência Artificial. Direitos Fundamentais. Acesso à Justiça. Transparência Algorítmica.

1. Introdução

O acesso a Cortes Superiores de Justiça não é um fenômeno exclusivo brasileiro. Em 1920 ao escrever “*La Cassazione Civile*”, Piero Calamandrei já alertava que a lei só seria isonômica se houvesse a todos o direito de acesso à Corte Superior Italiana. A Constituição dos Estados Unidos prevê que a competência recursal da Corte Suprema Americana será fixada em lei e a origem do filtro naquela jurisdição remonta a uma lei de 1925 (JUDGES’ BILL), criando-se o “*Certiorari*”.

Na Alemanha as competências do BVerfGE encontram previsão no artigo 93 da Lei Fundamental alemã, entre outros requisitos, o acesso a Corte Suprema prevê (§ 93^a, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*–BVerfGG), para admissibilidade recursal *significação constitucional fundamental*. Por sua vez, a Corte de Cassação Francesa possui um filtro recursal parecido com o filtro da Relevância brasileiro. A *Cour de cassation* é órgão encarregado de uniformização da jurisprudência francesa. No Reino Unido, somente após uma recomendação do Parlamento Europeu – Resolução nº 1.342/2003, foi implementada em 2009 uma Suprema Corte.

¹O presente trabalho foi realizado com apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq e Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES.

²Advogada tributarista. Mestranda em Direito na área de Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado pela PUCRS (bolsista CAPES). Membro do Grupo de Pesquisas Avançadas em Direito Tributário (GTAX-PUCRS). Membro do Grupo de Pesquisas em Temas Atuais de Direito Tributário e Direito Processual Tributário vinculado ao IDP. Coordenadora editorial da Revista de Direitos Fundamentais e Tributação - RDFT, que é vinculada Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS. Pós-graduanda em Direito Tributário pelo IBET. E-mail: s.turatti@edu.pucrs.br.

A *Corte Suprema de la Justicia de la Nación Argentinam*, tem como principal via de acesso o Recurso Extraordinário (GIANNINI, Leandro, 140), serve, segundo doutrina especialista no tema, para três funcionalidades (i) fixar o sentido e alcance da interpretação da legislação federal; (ii) realizar o controle de constitucionalidade incidental e, (iii) garantir a supremacia da legislação federal. Desta forma, é um recurso exclusivamente de direito (HOCKL, María Cecilia, p. 380).

No Brasil, foi a partir da Emenda Constitucional 45/2004 que instituiu a Repercussão Geral, acrescentando o § 3º ao artigo 102 da Constituição Federal que se inaugura na ordem brasileira um filtro de acesso à Corte Suprema. No caso brasileiro, com um acervo gigantesco no Supremo Tribunal Federal, o qual recebeu no ano de 2006 cerca de 122.995 mil recursos e baixa de 75.509, houve um aumento de 38,6%.

Atualmente, o acervo do Supremo Tribunal Federal possui 21.903 processos em tramitação, número significativamente menor do que aquele antes da Repercussão Geral.

A questão central neste artigo será verificar se o controle dos filtro de seleção dos recursos nas Instâncias Superiores, especificamente a análise do caso brasileiro, que é realizado por um instrumento de Inteligência Artificial, no caso do Supremo Tribunal Federal o “Vitor”, está em consonância com os direitos fundamentais, sabidamente o direito fundamento de acesso à jurisdição e a transparência através dos mecanismos utilizados para admitir – ou não, tais sucedâneos recursais.

Após o século XIX a humanidade vivenciou uma onda de revoluções e evoluções tecnológicas. Em 1981 a evolução dos computadores deu um salto na história com o lançamento do IBM 5150, utilizando o Windows, sistema operacional criado pela Microsoft (CANALTECH, 2018). Castells (2003, p. 20) refere que a internet surgiu da intersecção entre *big science*, pela agencia militar norte-americana ARPA (*Advanced Research Projects Agency*).

Dando um salto na história, no Brasil um estudo realizado por Fernando Meirelles da FGV EAESP (FGV, 2020) demonstrou que existem cerca de 424 milhões de dispositivos digitais em uso no Brasil. Desta forma, com a crescente popularidade dos aparelhos tecnológicos, aliados a uma facilidade de dados, e portanto, permitindo uma tomada de decisão, permitiu uma disseminação de sistemas de Inteligência Artificial (NIC, 2018).

Oportuno trazer a definição de Fabiano Hartmann Peixoto que dispõe o seguinte:

A inteligência artificial (IA) é um ramo da ciência da computação que busca, com interação multidisciplinar com outras áreas do conhecimento, a reprodução de ações cognitivas tipicamente humanas. Para tanto, a IA pode valer-se de diversas técnicas como estratégia de incremento de performance ou simplesmente de delegação de funções enfadonhas, repetitivas ou consideradas delegáveis e roboticamente praticáveis. Em outras palavras, a IA está associada à reprodução artificial da capacidade de organizar informações para uma solução aceitável de um problema. Por estar associada ao processamento de dados e a necessidade

habitual de arquiteturas que demandam uma alta capacidade de armazenagem e processamento computacional, a IA - mesmo não sendo em seus fundamentos uma ciência nova - ganhou impulso incrível nos últimos anos. (PEIXOTO, 2020, p.17).

A tarefas de harmonizar a tecnologia com a preservação dos direitos da humanidade exigem do ser humano esforço mental. Daí esse requisito caracteriza o sistema como inteligente.]

2. Análise e Comentário do Conteúdo

Inteligência Artificial tem como objetivo principal construir sistemas capazes de exibir comportamentos normalmente associados ao ser humano, a fim de permitir a resolução de problemas (NIC, 2018). Primordialmente, o campo da inteligência artificial havia sido dividido em dois (i) abordagem “baseada em regras” e, (ii) das “redes neurais”. No final do século XX a Inteligência Artificial ganhou maior notoriedade, foi a partir desse período que suas aplicações começaram a ser utilizadas nos mais diversos segmentos técnicos e científicos (LEE, 2019, p. 17).

Suscintamente, os algoritmos usam grandes quantidades de dados de domínio específico para tomar uma decisão a fim de aperfeiçoar um resultado desejado. O que, conforme o objeto do presente artigo possibilitaria a filtragem de recursos que acessam as Cortes Superiores para aqueles casos que a Corte escolhesse se debruçar para decidir. Especificamente no Sistema Judiciário, a urna eletrônica é a ferramenta automatizada mais antiga em uso (TSE, 2016).

A Lei nº 11.419/2006 regulamentou o uso do Processo Eletrônico, sendo criados sucessivos mecanismos a partir daí. O SUAP (Sistema Administrativo de Acompanhamento Processual), desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça em parceria com o Serviço Federal de Processamento de Dados trouxe facilidades e acessibilidades dos cidadãos aos sistemas de consulta processual. Um dos passos mais importantes na utilização de meios eletrônicos do sistema judiciário brasileiro foi a implementação do Processo Eletrônico (ROCHA, 2007, p. 178).

Segundo o relatório de pesquisas da FGV (2020, p. 20), foram identificados 64 projetos de Inteligência Artificial em 47 Tribunais, além da Plataforma Sinapse do CNJ. Em 2019 o Supremo Tribunal Federal criou o Victor (2020, p. 17), Inteligência Artificial capaz de identificar os recursos que se enquadram em um dos 27 temas mais recorrentes de Repercussão Geral e prontamente realizar a respectiva devolução ao Tribunal de Origem.

A otimização de tempo na utilização dessa ferramenta é um dos fatores mais evidenciados. O tempo médio que um servidor utilizava para realizar determinadas tarefas (44 minutos), hoje o Victor realiza em cinco segundos. O Superior Tribunal de Justiça, igualmente conta com diversos sistemas de IA, como o Athos, Sócrates e o E-juris. O Athos foi treinado a partir da leitura de aproximadamente 329 mil ementas de acórdãos entre 2015 e 2017 e indexou mais de 2 milhões de processos.

Existem no momento, ao menos 13 tecnologias disruptivas (SUSSKIND, 2017, p. 50-1) disponíveis para aplicação no direito. A LawGeex realizou uma competição entre sua IA e 20 advogados experientes na tarefa de revisar cinco termos de confidencialidade. A IA encontrou 94% das incongruências, enquanto a média dos advogados foi de 85%. Em relação ao tempo a IA realizou a tarefa em 26 segundos, enquanto a média dos advogados utilizou em média uma hora e meia de trabalho (MIGALHAS, 2020).

Trataremos aqui acesso à justiça como o efetivo direito de o sujeito ver seu direito analisado, o que vai além de mero acesso ao Judiciário. Mauro Capelletti propõe três ondas de acesso a justiça. Em (i) assistência judiciária gratuita; (ii) representatividade de direitos difusos e coletivos e, (iii) o acesso à justiça e não meramente ao judiciário.

A Constituição Federal prevê no inciso XXXV, do artigo 5º que “a lei não excluirá do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de direito”. Assim, segundo alguns doutrinadores acesso à justiça é acesso à tutela jurisdicional, mas como aqui já adiantado, trataremos de acesso à justiça de forma ampla como sendo “um direito natural, um valor inerente ao homem por sua própria natureza, e a sede de justiça que angustia o ser humano tem raízes fincadas na teoria de direito natural” (SCHELEDER apud BEZERRA, 2006, p. 154).

O acesso à justiça é um problema ético-social, sendo social porque é o maior ou menor acesso do cidadão aos direitos e valores desejáveis, que determina o fluxo dos conflitos sociais. A seguir, analisaremos a visão social do conceito de acesso à justiça, objetivando, demonstrar os obstáculos existentes para, assim, propor soluções eficazes (BEZERRA apud SANTOS, 2008, p. 147).

A preocupação com a transparência algorítmica tem sido uma pauta relevante em diversos países, cada um com seu cenário, resoluções e implicações, sempre com a intenção de salvaguardar os direitos da população. Na Nova Zelândia, em julho de 2020, foi criada a Carta de Algoritmo, assinada por 21 órgãos com intuito de fornecer confiança aos cidadãos, para garantir transparência quanto ao uso dos dados pelas entidades públicas. A Carta possui regras para as melhores práticas no uso da IA no setor público.

No cenário brasileiro, duas resoluções recentes e importantes sobre o tema, Resoluções n. 331 (de 20/08/2020) e n. 332 (de 25/08/2020), ambas do CNJ. A 1ª institui a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário (Datajud), já a 2ª traz inúmeras considerações e referências à ética, à transparência e à governança na produção e uso da IA no Poder Judiciário. No Judiciário brasileiro 72 soluções e ferramentas (em diferentes fases de implementação) utilizam procedimentos de IA em decisões automatizadas. Ambas resoluções pretendem impactar a prática de uso do *machine learning*, coibindo a extensão de vieses baseados na cultura e do senso comum.

3. Considerações Finais

A conclusão primária do artigo conduz-se no sentido de ser imprescindível que estejamos alinhados a mecanismos de transparência algorítmica, a fim de que os instrumentos de otimização processual não causem verdadeiro óbice à justiça e, por conseguinte, fira direitos fundamentais.

4. Referências Bibliográficas

- BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, p. 80-103,
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 30 jan. 2022.
- BERKMAN KLEIN CENTER. Berkman Klein Center and MIT Media Lab to Collaborate on the Ethics and Governance of Artificial Intelligence. Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/node/9977>
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução Nº 332 de 21/08/2020.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos Fundamentais. Políticas Públicas e Protagonismo judiciário. São Paulo: Almeida, 2006.
- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. Um comentário à Lei nº 9307/96. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e competência. rev. e ampl. de conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

COMISSÃO EUROPEIA PARA A EFICÁCIA DA JUSTIÇA (CEPEJ). Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente. Adotada pela CEPEJ na sua 31ª reunião plenária (Estrasburgo, 3 e 4 de dezembro de 2018). 2018. Disponível em: <https://rm.coe.int/carta-etica-traduzida-para-portugues-revista/168093b7e0>.

COMISSÃO EUROPEIA. The 2018 EU justice Scoreboard. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018.

CUI, Yadong. Artificial Intelligence and Judicial Modernization. Tradução de Cao Yan e Liu Yan. Cingapura: Springer, 2020.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Jurisdição e Competência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Direito. 1. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019. p. 21.

FAZENDA, Ivani Catarina Arantes. Integração e interdisciplinaridade no ensino brasileiro. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

FORNASIER, Mateus de Oliveira. Inteligência Artificial e o Futuro das Profissões Jurídicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

FREITAS, Hyndara. Judiciário brasileiro tem ao menos 72 projetos de inteligência artificial nos tribunais.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Relatório de Pesquisa: Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2002.

JANTSCH, Ari Paulo. Interdisciplinaridade: para além da filosofia do sujeito. Petrópolis: Vozes, 2000.

JAPIASSU, Hilton. Interdisciplinaridade e Patologia do saber. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

KAPLAN, Andreas; HAENLEIN, Michael. Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence. *Business Horizons*, v. 62, n. 1, p. 15-25, 2019.

MAIA FILHO, Mamede Said. JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*,

MARINONI, Luiz Guilherme. AREHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. São Paulo: RT, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MONTESQUIEU. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAIS, Fausto Santos. O Uso Da Inteligência Artificial Na Repercussão Geral: Desafios Teóricos e Éticos. Revista Direito Público. v. 18 (Inteligência Artificial, Ética e Epistemologia).

MOSTOWY, Walter A. Explaining Opaque AI Decisions, Legally. Berkeley Technology Law Journal, v. 35, 2020.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código Civil Comentado. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. Revista de Processo. p. 421-447, 2018.

PARLAMENTO EUROPEU. Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)).

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Direito e Inteligência Artificial. Coleção Inteligência Artificial e Jurisdição. Volume 2. DR.IA. Brasília, 2020, p.17. <https://orcid.org/0000-0002-PEIXOTO>, Fabiano Hartmann. Inteligência Artificial e Direito: a importância ética no business de IA. Palestra PPG Direito – 2020. Disponível: <https://www.youtube.com/watch?v=cfVu-8gTdt0>.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; ZUMBLICK, Martins da Silva. Inteligência Artificial e SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FAZOLLI, Fabricio. Do direito à saúde: do paradoxo do dever público e da iniciativa privada. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), v. 2, n. 2, p. 182-197, 2015.

SUSSKIND, Richard. Tomorrow Lawyers: an introduction to your future. Oxford: Oxford University Press, 2013.

v.19. n. 3, p. 219-238. Vitória, 2018.

VALE, Luís Manoel Borges do. A Tomada de Decisão por Máquinas: A Proibição, no Direito, de Utilização de Algoritmos não Supervisionados.

VILLANI, Cédric. Donner uns sens à l'intelligence artificielle: pour une stratégie nationale et européenne. Conseil national du numérique, 2018.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. Revista de Processo. p. 381-389, 2011.

ZARSKY, T. Transparent predictions. University of Illinois Law Review, Champaign, v. 2013, n. 4, p. 1503-1570, 2013.

A Comprovação dos Gastos em IRC

The proof of expenses in the Portuguese Corporate Income tax

Susana Aldeia¹

Sumário: 1. A dedutibilidade dos gastos fiscais em Portugal; 2. A atual redação da alínea c) do n. 1 do art.º 23-A do CIRC; 3. Os requisitos formais da dedutibilidade ; 4. Considerações Finais.

Resumo: Este estudo visa apresentar reflexões sobre a comprovação dos gastos no âmbito dos impostos sobre o rendimento em Portugal. Neste contexto, caracteriza-se como um estudo jurisprudencial, doutrinário e de caso, que procura analisar a aplicação do conceito de comprovação dos gastos fiscais no ordenamento jurídico português. A análise permite concluir que a reforma do IRC em 2014 alterou significativamente os requisitos para a dedutibilidade dos custos das empresas, limitando, com isso, a consideração dos gastos em matéria de IRC às empresas portuguesas.

Palavras-chave: Comprovação dos Gastos; Dedutibilidade dos Gastos; Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC); Portugal.

Abstract: This study aims to present reflections on the proof of expenses in the scope of income taxes in Portugal. In this context, it is characterized as a jurisprudential, doctrinal, and case study that seeks to analyse the application of the concept of proof of tax expenses in the Portuguese legal system. The analysis allows concluding that the 2014 IRC reform significantly changed the requirements for the deductibility of company costs, thus limiting the consideration of expenses in IRC matters for Portuguese companies.

Keywords: Proof of Expenses; Deductibility of Expenses; Corporate Income Tax (IRC); Portugal.

A Dedutibilidade dos Gastos Fiscais em Portugal

Desde a introdução do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC) em 1989, que a tributação das empresas acolhe a relação de dependência parcial entre o lucro contabilístico e o lucro fiscal². O regime aplicável impõe a relevante distinção entre custos contabilísticos e custos fiscais³. A fundamentação para esta clara separação prende-se com a circunstância de que os gastos empresariais se apresentam como (1) um dos principais mecanismos para evitar a tributação e (2) um eficaz meio de política económica⁴. No entanto,

¹ Professora Doutora de Direito Fiscal e Fiscalidade da Universidade Portucalense e Instituto Politecnico da Maia, Espanha. Doutora em Principios y Categorías Básicas de la Fiscalidad Interna e Internacional. Los Procedimientos Tributarios (*Ordenación Jurídica do Mercado*), com especialização no âmbito de Tributário pela Universidade de Vigo. E-mail: saldeia@upt.pt.

² Cfr. NABAIS, José Casalta. 2019. "Direito Fiscal". 11ª (2021) ed. Coimbra: Almedina.

³ GADEA, Eduardo Sanz. 2008. "Base imponible. Excepciones al resultado contable: gastos no deducibles." In *Impuesto sobre sociedades (1) Comentarios y casos prácticos*, edited by Centro de estudios financieros, 321-351.

⁴ Cfr. TAVARES, Tomás Cantista: "Da relação de dependência parcial entre a contabilidade e o direito fiscal na determinação do rendimento tributável das pessoas colectivas: algumas reflexões ao nível dos custos". *CIF*, 396", pág. 95.

esses desfasamentos não podem ser de tal forma significativos que acabem por anular a similitude entre as duas dimensões⁵. A matriz comum dos gastos contabilísticos preenche na totalidade, o conceito de gasto fiscal⁶.

No entanto, estes *empobrecimentos* subdividem-se em gastos dedutíveis e gastos não dedutíveis, considerando a sua contribuição por dedução para a determinação do rendimento. Os gastos contabilísticos são, em regra, gastos dedutíveis⁷, porém existem situações excecionais de não dedução de determinados custos sobre o lucro fiscal, mesmo que registadas como gastos. Para além de uma expressa previsão legal (art.º 23.º e 23.º-A do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas - IRC), carecem de uma específica e especial motivação intrínseca. A desconsideração dos gastos para efeitos fiscais sem justificação resulta na inobservância do princípio da capacidade contributiva, na medida em que o imposto deixaria de se determinar considerando a real manifestação de riqueza económica⁸. Neste contexto, *o lucro tributável tende a ser superior ao lucro contabilístico, afastando-se do lucro “real” previsto na nossa Constituição*⁹.

O princípio de aceitação dos custos contabilizados pelo sujeito passivo está sujeito a desvios em vários casos das normas fiscais. Para além dos requisitos gerais constantes do artigo 23.º do CIRC, noutras disposições legais do mesmo diploma o legislador prevê expressamente que determinados encargos incorridos pelo contribuinte não serão considerados para efeitos de determinação da matéria coletável, veja-se por exemplo as disposições dos artigos 23.º-A, 34.º do CIRC. Constituem-se, por isso, *exceções à regra geral de identidade concetual entre custos contabilísticos e fiscais*¹⁰.

A Comissão para a Reforma do IRC em 2014 entendeu que a disposição do anterior artigo 45.º (tratava dos encargos não dedutíveis para efeitos fiscais) devia ficar em termos de estrutura do Código junto do artigo 23.º Assim, o seu conteúdo, com as alterações que se achou por bem introduzir, passou a integrar o artigo 23.º-A¹¹. O artigo 23.º-A do CIRC consiste numa norma delimitadora dos gastos aceites fiscalmente, impondo limites à dedutibilidade fiscal de determinados encargos nela expressamente previstos. E é entendida

⁵ Cfr. TAVARES, Tomás Cantista: “Da relação de dependência parcial...”. op. cit. pág. 95.

⁶ Cfr. SANCHES, José Luís Saldanha. 2007. Manual de direito fiscal. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.

⁷ Cfr. MARTINS, António, Cristina Sá, and Daniel Taborda. 2020. A dedutibilidade de gasto no IRC. Uma análise económica-fiscal. Coimbra: Almedina.

⁸ Cfr. TAVARES, Tomás Cantista: “Da relação de dependência parcial...”. op. cit. pág. 98.

⁹ Conforme proferiu Prof. PINHEIRO PINTO no ciclo de conferências OTOC/TSE, intitulada "Iniciativa privada - A economia, as empresas e o sistema fiscal".

¹⁰ Cfr. TAVARES, Tomás Cantista: “A dedutibilidade dos custos em sede de IRC”, *Fisco*, 101/102, 37-44, p. 39.

¹¹ Cfr. Comissão para a Reforma do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas. 2013. O anteprojeto da reforma. Ministério das Finanças.

como norma de natureza excepcional face à regra geral de dedução fiscal de todos os impostos¹².

Entre outros, é possível apontar quatro fundamentos da não consideração fiscal de certos gastos contabilísticos, nomeadamente (i) por razões de ordem técnico-prática, (ii) por forma a acautelar a separação entre o património societário e pessoal; (iii) por razões formais e, (iv) em função do vetor “moralista” emprestado ao Direito Fiscal¹³.

Neste contexto, o artigo 23-A do CIRC enumera a não dedutibilidade de encargos reconhecidos no âmbito do Direito Contabilístico, esta previsão legal é de tal forma abrangente que impõem limites à dedutibilidade em matérias tão vastas como: (a) impostos sobre os lucros (b) despesas não documentadas, (c) encargos cuja documentação não cumpra os requisitos impostos, (d) despesas ilícitas, (e) multas, coimas, juros compensatórios, juros moratórios, e outros (f) impostos, taxas e outros tributos que incidam sobre terceiros (g) indemnizações, (h) ajudas de custo e os encargos com compensação pela deslocação em viatura própria do trabalhador, (i) encargos com o aluguer sem condutor de viaturas ligeiras de passageiros ou mistas, (j) encargos com combustíveis, (k) encargos relativos a barcos de recreio e aeronaves de passageiros, aviões de turismo e viaturas ligeiras de passageiros ou mistas, (m) juros de suprimentos e empréstimos feitos pelos sócios à sociedade, (n) gastos relativos à participação nos lucros por membros de órgãos sociais e trabalhadores da empresa, (p) contribuição sobre o setor bancário, (q) contribuição extraordinária sobre o setor energético, (r) importâncias pagas ou devidas a pessoas singulares ou coletivas residentes fora do território português e aí submetidas a um regime fiscal mais favorável, e (s) contribuição extraordinária sobre a indústria farmacêutica.

A Atual Redação da Alínea c) do n. 1 do art.º 23-A do CIRC

A alínea c) do artigo 23-A do CIRC determina a não relevância fiscal dos “encargos cuja documentação não cumpra o disposto nos números 3 e 4 do artigo 23.º, bem como os encargos evidenciados em documentos emitidos por sujeitos passivos com número de identificação fiscal inexistente ou inválido ou por sujeitos passivos cuja cessação de atividade tenha sido declarada oficiosamente nos termos do n.º 6 do artigo 8.º”.

Durante muito tempo persistiu a confusão entre conceitos como “encargos não devidamente documentados¹⁴” e “despesas não documentadas” que a jurisprudência

¹² Cfr. TAVARES, Tomás Cantista: “Da relação de dependência parcial...”. op. cit. pág. 98.

¹³ Cfr. TAVARES, Tomás Cantista: “Da relação de dependência parcial...”. op. cit. pág. 98.

¹⁴ Na ótica do Supremo estávamos perante um encargo não devidamente documentado quando existe a prova documental exigida por lei que demonstre que o custo efetivamente suportado pelo sujeito passivo.

procurou clarificar, tal como se pode aferir no acórdão do TCAS, com data de 07/02/2012, proc. 04690/11. Assim, *as despesas não documentadas são aquelas que não têm qualquer suporte documental a nível contabilístico. Por sua vez, as despesas não devidamente documentadas serão aquelas cujo suporte documental não obedece aos requisitos legalmente exigidos, embora permita identificar os beneficiários e a natureza da operação.*

Como vimos, as despesas confidenciais passaram a constar expressamente da alínea b) do n.º 1 do art.º 23-A do CIRC. No que se refere à expressão “encargos não devidamente documentados”¹⁵, esta foi abandonada em detrimento da clarificação das regras a observar na documentação de suporte aos gastos contabilizados, nos termos dos números 3 e 4 do artigo 23.º-A do CIRC¹⁶.

O n.º 6 do artigo 23.º do CIRC refere que quando o fornecedor dos bens ou prestador dos serviços esteja obrigado legalmente à emissão de fatura ou documento legalmente equiparado nos termos do CIVA, o documento comprovativo das aquisições de bens ou serviços previstos no n.º 4 deve obrigatoriamente assumir essa forma. Ora, a primeira parte da alínea analisada apenas limita a dedutibilidade dos gastos quando os documentos justificativos não obedeçam ao n.º 3 e 4 do artigo 23.º, não fazendo referência expressa às regras estabelecidas no n.º 6. Contudo, o legislador faz fazer depender a dedutibilidade dos gastos não só aos requisitos dos números 3 e 4, como também do n.º 6. Recorde-se que o n.º 6 não constava da proposta de alteração legislativa apresentada pela Comissão, tendo sido aditada com a publicação da Lei 2/2014 de 16 de janeiro, com isto, o legislador alterou a redação da proposta no seu n.º 3 e 4, e aditou o n.º 6, embora não tenha atualizado as remissões da alínea d) do n.º 1 do artigo 23.º-A. A introdução do n.º 6 do artigo 23.º, implica o reforço das regras para efeitos de consideração de gasto fiscal, por via da exigência de fatura ou documento legalmente equivalente, embora, na alínea c) do n.º 1 do artigo 23.º-A, não o tenha referenciado expressamente.

Quanto à segunda parte da alínea, esta corresponde à anterior alínea b) do n.º 1 do art.º 45.º do CIRC. Pretende prevenir a contabilização de faturas emitidas por entidades sem existência fiscal, não sendo estas entidades tributas pelos seus rendimentos. Criou-se, para os sujeitos passivos, o ónus de se certificarem da regularidade fiscal dos seus parceiros

¹⁵ Anterior alínea g) n.º 1 do art. 45.º do CIRC. Vários foram os acórdãos a pronunciar-se sobre o conceito de “encargos não devidamente documentados”. Ainda recentemente:

¹⁶ Embora que, considere uma expressão atual, na medida em que, *as despesas não devidamente documentadas serão aquelas cujo suporte documental não obedece aos requisitos legalmente exigidos, embora permita identificar os beneficiários e a natureza da operação* (conceito dado pelo acórdão do TCAS, de 07/02/2012, proc 04690/11).

comerciais, o que excetuando o caso de faturas sabiamente falsas pode resultar problemático¹⁷.

Nos termos do n.º 6, do artigo 8.º do Código do IRC, a administração fiscal pode declarar oficiosamente a cessação de atividade quando for manifesto que esta não está a ser exercida nem há intenção de a continuar a exercer, ou sempre que o sujeito passivo tenha declarado o exercício de uma atividade sem que possua uma adequada estrutura empresarial em condições de a exercer, não desobrigando tal cessação oficiosa o sujeito passivo do cumprimento das obrigações tributárias.

Os Requisitos Formais da Dedutibilidade

Durante a vigência do Código da Contribuição Industrial, na norma que plasmava a noção de gasto fiscal (art.º 26.º) não se encontrava qualquer exigência de suporte documental (comprovação) como condicionante da qualificação dos gastos incorridos pelo sujeito passivo como gastos fiscais. Com a transição do CCI para o IRC, procede-se à substituição do conceito de razoabilidade pelo de necessidade de comprovação, assumindo contornos distintos, já que no preceito citado se alude expressamente à comprovação do gasto como requisito legal para beneficiar da dedutibilidade em sede de IRC.

A propósito da definição do conceito de despesa confidencial ou não documentada, o STA veio, a seu tempo, salientar que nos casos em que a contabilidade do contribuinte é aceite como “sã” pelo Fisco, para que o custo se tenha como “comprovado” basta que o respetivo documento de suporte conste da contabilidade do sujeito passivo e que do mesmo resulte a natureza, finalidade e destinatário da despesa. Como ali se refere, a escrita do contribuinte “(...) apenas tem de permitir apurar e controlar o lucro tributável, expresso na conta de resultados do exercício, evidenciando conseqüentemente as respetivas operações comerciais quanto à causa, natureza e montante. Não mais.”

Nesta linha descrita pelo STA, identificava-se uma premissa essencial: para que uma verba seja qualificada como custo, resulta da lei que a evidenciação de tais realidades se terá de materializar em quaisquer instrumentos formais de suporte que apenas poderiam ser, atento o princípio da praticabilidade que enforma o direito fiscal, os documentos¹⁸.

Sobre a necessidade de comprovação pairavam muitas dúvidas, na medida em que, não estavam definidas as categorias de documentos aptos a preencher este requisito. A al. a),

¹⁷ Cfr. MORAIS, Rui Duarte. 2009. “Apontamentos ao IRC”. Coimbra: Almedina. Reprint, Reimpressão ed. Nov/2007. pág. 137 e ss.

¹⁸ Ac. do STA de 15/01/1997, processo n.º 21 167, em que foi relator o conselheiro Rodrigues Pardal, publicado no Ap. ao DR. De 14/04/1999.

do n.º 2, do artigo 123.º do CIRC, determina que “todos os lançamentos devem estar apoiados em documentos justificativos, datados e suscetíveis de serem apresentados sempre que necessário”. Mas, nem esta norma, nem o artigo 23 do CIRC referiam expressamente quais os documentos que seriam considerados documentos justificativos.

Neste sentido, o princípio subjacente à posição ali assumida pelo STA é o de que o preenchimento dos requisitos formais em sede de IVA pressupõe necessariamente o preenchimento dos requisitos estabelecidos pelo legislador em sede de IRC. Ou seja, no entendimento jurisprudencial subjacente a esta decisão, a exigência de documento justificativo é perfeitamente cumprida pela fatura completa¹⁹.

Acresce que, os requisitos das faturas, constantes do artigo 35 [artigo 36], n.º 5, do CIVA, não são exigências de validade formal das faturas para efeitos de IRC, mas apenas para efeitos de dedução do IVA, nos termos do art.º 19, n.º 2 do CIVA²⁰.

A Comissão para a Reforma do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas entendeu que a prova documental dos gastos reconhecidos pela contabilidade tem dado azo a interpretações divergentes. Quer as operações realizadas com terceiros, quer as que resultam de fatos patrimoniais ocorridos na esfera interna das sociedades, têm suscitado questões, muitas vezes delicadas, de documentação provatória. Neste contexto, procurou-se clarificar as regras a observar na documentação de suporte aos gastos contabilizados²¹.

A proposta da Comissão para Reforma do IRC, percebeu que a resolução da litigância decorrente da comprovação poderia ser resolvida com uma exposição mais clara quanto aos requisitos que os documentos deveriam conter para efeitos de dedutibilidade, através da alteração da redação do n.º 3 e 4 do artigo 23; e em simultâneo, estabelecer, expressamente a não dedutibilidade gastos que não obedecessem a estes requisitos, com a redação da alínea d) do n.º 1 do artigo 23.º-A.

Com esta proposta, o Código do IRC adotaria a linha de entendimento que vinha sendo adotada, tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Ou seja, a dedutibilidade dos gastos em IRC não dependeria da verificação dos requisitos formais constantes no artigo 36.º n.º 5 do CIVA, mas sim dos requisitos constantes nos números 3 e 4 do artigo 23 do CIRC.

A Lei n.º 2/2014 de 16 janeiro, aceita as recomendações da Comissão, mas parcialmente. Vejamos, relativamente ao n.º 3 do artigo 23.º, este reproduz a redação

¹⁹ Ac. do STA de 16/02/2000, recurso n.º 24 133, em que foi relator o Conselheiro Lúcio Barbosa, publicado na revista *Fiscalidade*, n.º3, p. 80 e ss.

²⁰ Ac. do STA de 08/07/1999, recurso n.º 23 535, em que foi relator o Conselheiro Almeida Lopes (acórdão inédito).

²¹ Comissão para a reforma do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas (2013). *Uma reforma do IRC orientada para a competitividade, o crescimento e o emprego*, Ministério das finanças, p. 129.

apresentada pela Comissão²², quase integralmente, pois apenas retira da proposta de alteração legislativa o termo “forma”. No que se refere ao n.º 4, a redação da proposta de alteração não foi aceite na sua totalidade, constatando-se algumas alterações, que depois de analisadas não tem relevância para o tema aqui agora tratado. A mesma Lei aditou o n.º 6 ao artigo 23.º do CIRC, o qual não estava inicialmente previsto na proposta de alteração apresentada pela Comissão.

Assim, no que se refere aos gastos incorridos na aquisição de bens ou serviços, exige-se que a comprovação documental dos mesmos obedeça aos seguintes requisitos: “a) nome ou denominação social do fornecedor dos bens ou prestador dos serviços e do adquirente ou destinatário; b) números de identificação fiscal do fornecedor dos bens ou prestador dos serviços e do adquirente ou destinatário, sempre que se tratem de entidades com residência ou estabelecimento estável no território nacional; c) quantidade e denominação usual dos bens adquiridos ou dos serviços prestados; d) valor da contraprestação, designadamente o preço; e) data em que os bens foram adquiridos ou em que os serviços foram realizados”.

No caso de sujeitos passivos obrigados à emissão de fatura (ou documento legalmente equiparado) o documento comprovativo relativo às aquisições de bens ou serviços deve obrigatoriamente assumir essa forma.

O aditamento do n.º 6 ao artigo 23.º, faz depender da dedutibilidade dos gastos não só os requisitos constantes do n.º 3 e 4 do artigo 23, como também, à obrigatoriedade de obedecer à forma de fatura ou documento legalmente equiparado, nos termos do CIVA. Alterando, com isso, não só as orientações da Comissão como também linha de entendimento que vinha a ser denunciada jurisprudencialmente. Aumentado, com isso, os requisitos para a dedutibilidade dos gastos.

No entanto, a alínea c) do n.º 1 do artigo 23.º-A²³ determina que não são dedutíveis para efeitos fiscais da determinação do lucro tributável os encargos cuja documentação não cumpra o disposto nos n.ºs 3 e 4 do artigo 23.º.

A contratação dos gastos tem duas finalidades, a primeiro plasma as situações de direta repercussão do produto do gasto nos bens vendidos²⁴, o segundo, abarca os gastos que se

²² A redação proposta pela Comissão foi “Os gastos dedutíveis nos termos dos números anteriores devem estar comprovados documentalmente, independentemente da natureza, forma ou suporte dos documentos utilizados para esse efeito”.

²³ Que corresponde à d) do n.º 1 do artigo 23.º-A da proposta da alteração legislativa.

²⁴ É o caso por exemplo, da venda dos bens adquiridos pelas empresas comerciais, ou nas unidades industriais com, a transformação das matérias-primas), na utilização do fator trabalho ou na aquisição dos diversos fornecimentos de serviços externos (energia, telefone, água, etc.)

refletem indiretamente nos rendimentos, por criação de um determinado acervo patrimonial que possibilita a atividade da empresa^{25/26}.

No Código da Contribuição Industrial previa-se a cumulação de dois requisitos, mediante o emprego da locução copulativa “e”²⁷. Por sua vez, no art.º 23 do CIRC utilizou-se a locução disjuntiva “ou”, indicando um claro abrandamento nos parâmetros da dedutibilidade dos gastos. Esta modificação legal teve o mérito de obviar o afunilamento jurisprudencial reinante, o qual, numa interpretação fechada, fazia impedir a qualificação fiscal de um gasto nas situações em que não se almejasse o preenchimento dos dois referidos requisitos²⁸.

A nova redação ao artigo 23.º dada com Lei 2/2014, de 16 de janeiro, abandona o preceito manutenção da fonte produtora, passando a constar para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC.

Quando as normas fiscais se referem a sujeição de imposto, depreende-se que estas se estarão a referir ao conjunto de operações abrangidas pelas respetivas normas de incidência, mesmo que tais operações venham posteriormente a ser abrangidas por uma qualquer norma de isenção. Tal entendimento resulta claro a partir da construção doutrinal que distingue situações de não incidência e de isenção²⁹.

Ao longo do CIRC esta distinção está presente e é perfeitamente identificável. Quando o legislador utiliza a expressão “sujeito a imposto” na previsão normativa, fá-lo com o objetivo de abarcar também as situações de isenção. Atentemos, por exemplo, o artigo 53 que poderá servir de argumento a contrário à asserção expendida: neste artigo, a propósito da dedutibilidade de certos custos incorridos pelas pessoas coletivas que não exerçam a título principal uma atividade comercial, industrial ou agrícola, o legislador optou por uma fórmula que não deixa dúvidas ao excluir do campo de incidência da norma os que não estejam especificamente ligados à obtenção dos rendimentos não sujeitos ou isentos de IRC³⁰.

Neste preceito, como se constata, há uma preocupação em não aplicar o imposto (pela não aceitação do custo) a dois tipos distintos de situações – de não sujeição e de isenção – conforme decorre das expressões utilizadas³¹.

²⁵ Por exemplo, a aquisição de maquinaria, a renda devida pela locação do imóvel em que desenvolve a atividade, etc.

²⁶ Cfr. TAVARES, Tomás Cantista: “Da relação de dependência...”, *op. cit.*, pág. 129.

²⁷ Cfr. art. 26 CCI - ... indispensável suportar para a realização dos proveitos e ganhos sujeitos a impostos e para a manutenção da fonte produtora.

²⁸ Cfr. CASTRO TAVARES, T.M.C.: “Da relação de dependência...”, *op. cit.*, pág. 129.

²⁹ Cfr. MOURA PORTUGAL, A.: “A Dedutibilidade de Custos em IRC: Reflexos Sobre Custos Incorridos em Atividades Isentas e Não Tributadas”, *Ciência e Técnica Fiscal*, 55-121, 401, 2001, *op. cit.* pág. 97.

³⁰ Cfr. MOURA PORTUGAL, A.: “A Dedutibilidade de Custos em IRC...”, *op. cit.*, pág. 98.

³¹ *ibidem*

À luz do art.º 23º do CIRC, não são de considerar como fiscalmente relevantes os custos com juros e imposto de selo de empréstimos bancários contraídos por uma sociedade e aplicados no financiamento gratuito de sociedades suas associadas³².

Por outro lado, os gastos realizados pelo contribuinte devem garantir a obtenção dos rendimentos sujeitos a IRC, bem como devem estar registados no exercício contabilístico correspondente e sujeitos a um único regime de tributação. Existindo atividades sujeitas a diferentes regimes de tributação, os gastos de uma atividade não podem ser deduzidos na outra, devendo existir uma separação contabilística entre as atividades isentas e não isentas, de acordo com o estipulado no artigo 18 do CIRC.

No caso de atividades sujeitas a diferentes regimes de tributação, deve ser efetuada uma separação contabilística entre as atividades económicas, isto é “a ligação entre proveitos e custos tem de fazer-se em relação a cada um dos regimes a que estiverem sujeitas as diferentes atividades da empresa”³³. Por exemplo uma empresa que se dedica a várias atividades, entre as quais uma delas se encontra isenta de tributação, deve estabelecer uma separação entre a atividade isenta e a atividade não isenta. Não pode deduzir aos lucros obtidos nas atividades não isentas os prejuízos obtidos nas atividades isentas³⁴. Nas operações sujeitas a regimes especiais de tributação, como é o caso do tabaco, dos espetáculos e dos jogos, o contribuinte é obrigado a separar na contabilidade os diferentes custos e a não deduzir nos lucros obtidos os gastos referentes às atividades sujeitas a regimes especiais³⁵.

Considerações Finais

As alterações legislativas introduzidas em 2014 tiveram consequências em duas dimensões. Por um lado, permitiram uma clarificação na aplicação da lei removendo na redação conceitos indeterminados como é o caso da indispensabilidade. Adicionalmente, a atual redação impôs às empresas requisitos mais restritos à dedutibilidade dos gastos. Assim, a nova versão do artigo 23.º do CIRC impõem não só a comprovação do gastos mas também que configure a natureza de fatura quando o fornecedor dos bens ou serviços assim esteja obrigado, no âmbito do código do IVA

³² STA, 302/11/2011, proc. 0107/11.

³³ Cfr. FREITAS PEREIRA, M. H.: “A Periodização do Lucro Tributável”, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, 1988, 349, janeiro-março, pág. 140-141.

³⁴ STA, 29/06/1994, recurso n.º 17825; STA, 14/11/2001, processo n.º 26362.

³⁵ STA, 02/02/1998, recurso n.º 17440.

Referências Bibliográficas

- Comissão para a Reforma do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas. (2013). O anteprojeto da reforma.
- GADEA, E. S. (2008). Base imponible. Excepciones al resultado contable: gastos no deducibles. In C. d. e. financieros (Ed.), Impuesto sobre sociedades (1) Comentarios y casos prácticos (Vol. 1, pp. 321-351).
- MARTINS, A., Sá, C., & Taborda, D. (2020). A dedutibilidade de gasto no IRC. Uma análise económica-fiscal. Almedina.
- MORAIS, R. D. (2009). Apontamentos ao IRC [Notes on IRC]. Almedina.
- NABAIS, J. C. (2021). Direito Fiscal (11ª (reimpressão) ed.). Almedina.
- PEREIRA, M. H. F. (2023). Fiscalidade (7ª ed.). Almedina.
- PORTUGAL, A. M. (2001). A Dedutibilidade de Custos em IRC: Reflexos Sobre Custos Incorridos em Atividades Isentas e Não Tributadas [The Deductibility of Costs in IRC: Reflections on Costs Incurred in Exempt and Non-Taxed Activities]. *Ciência e Técnica Fiscal*, 401, 55-121.
- SANCHES, J. L. S. (2007). Manual de direito fiscal [Manual of tax law] (3ª ed.). Coimbra Editora.
- TAVARES, T. M. C. d. C. (1999). Da relação de dependência parcial entre a contabilidade e o direito fiscal na determinação do rendimento tributável das pessoas colectivas: algumas reflexões ao nível dos custos [The relationship of partial dependency between accounting and tax law in determining the taxable income of legal persons: some reflections on the level of costs]. *CTF*, 396.
- TAAARES, T. M. C. d. C. (2002). A dedutibilidade dos custos em sede de IRC [The deductibility of costs under IRC]. *Fisco*, 101/102, 37-44.

Gamificação na Educação Jurídica: um Estudo Sobre Os Fundamentos Teóricos Para Criação de Jogo Educativo Digital e a Importância da Ludicidade no Processo de Ensino-Aprendizagem

*Gamification in Legal Education: A Study on the Theoretical Foundations for Creating a Digital
Educational Game and the Importance of Ludicity in the
Teaching-Learning Process*

Taciana Santos Lustosa¹

Adilson Pereira²

Sumário: 1. Introdução; 2. Ludicidade nos ambientes de ensino; 3. Jogos educativos digitais; 4. Teoria da aprendizagem; 5. Considerações finais; 6. Referências Bibliográficas.

Resumo

O presente artigo tem por objetivo apresentar a gamificação, ancorada na ludicidade como base do processo de ensino-aprendizagem do conceito de Justiça Ambiental nos cursos de Direito, possibilitando o desenvolvimento de competências para atender às novas demandas das gerações que frequentam às universidades, conhecidas pelo nome de “nativos digitais”. Compreender como usar a lógica dos jogos educativos em ambientes de ensino pode ser uma importante ferramenta para docentes, abrindo espaços para a reflexão sobre a realidade e o aprendizado de diversas temáticas jurídicas. Ademais, foi realizada revisão de literatura para delimitação do tema e para a contextualização do problema de pesquisa, a partir dos quais foram estabelecidos os fundamentos teóricos para a criação de um jogo, segundo a tipologia dos jogos sérios, em formato digital. A pesquisa foi realizada em conformidade aos objetivos do Programa de Formação Stricto Sensu e possibilitou refletir sobre aperfeiçoamento do ensino de temáticas socioambientais como a Justiça e o Racismo ambiental, sob a perspectiva interdisciplinar. Os resultados decorrentes da aplicação do produto educacional, a saber, o *Game* denominado Ecojustiça, possibilitou o desenvolvimento de competências relativas à análise dos conflitos ecológicos distributivos e sua interface com a formação de operadores jurídicos. Nesse cenário, o ensino sob o viés lúdico foi capaz de produzir conhecimento e despertar maior engajamento em sala de aula.

Palavras-Chave

Ensino Jurídico; Gamificação; Ludicidade

Abstract

¹ Taciana Santos Lustosa, Mestre em Ensino e Ciências da Saúde e do Meio Ambiente do UniFOA (Centro Universitário de Volta Redonda), Pós-graduada em Direito do Trabalho pela UCAM (Universidade Cândido Mendes), Pós-graduada em Direito Processual pela UCAM, Graduada em Direito pela UFF (Universidade Federal Fluminense). Oficial de Justiça Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Foi Procuradora do Município de Barra Mansa pelo período de cinco anos. Foi Professora Universitária das Faculdades de Direito do UNIFOA e do UGB - Centro Universitário Geraldo Di Biase. ORCID 0000-0002-5003-3914. E-mail: tacianalustosa@uol.com.br

² Adilson Pereira, Doutor em Filosofia pela Universidade Gama Filho (UGF/RJ), Mestre em Filosofia. Especialista em História da Filosofia UGF/RJ. Licenciatura em Filosofia - UNIFAI/SP. MBA em RH e Marketing - UGF, Docente Ensino Superior da FAETEC. Docente no Mestrado Profissional em Ensino de Ciências da Saúde e do Meio Ambiente - UniFOA. Experiência como Docente do Ensino Superior na área de Saúde e na área jurídica (Graduação em Direito), além da experiência docente em Cursos de Pós-Graduação da Área de Saúde, Jurídica, Gestão e Educação. Orientador de Pesquisa – vinculado ao Programa de Mestrado Profissional em Ensino e Ciências da Saúde e do Meio Ambiente do UniFOA – ORCID 0000-0002-3581-4683. E-mail: adilsonfaetec@gmail.com

This article aims to present gamification, anchored in ludicity as the basis of the teaching-learning process of the concept of Environmental Justice in Law School, enabling the development of skills to meet the new demands of the generations that attend universities, known for their called “digital natives”. Understanding how to use the logic of educational games in teaching environments can be an important tool for teachers, opening spaces for reflection on the reality and learning of various legal themes. Furthermore, a literature review was carried out to define the theme and contextualize the research problem, from which the theoretical foundations for creating a game were established, according to the typology of serious games, in digital format. The research was carried out in accordance with the objectives of the Master’s Degree Programme and made it possible to reflect on improving the teaching of socio-environmental themes such as Justice and Environmental Racism, from an interdisciplinary perspective. The results arising from the application of the educational product, namely the game called Ecojustice, enabled the development of skills related to the analysis of distributive ecological conflicts and their interface with the training of legal operators. In this scenario, teaching under the ludic bias was able to produce knowledge and awaken greater engagement in the classroom.

Keywords:

Legal Teaching; Gamification; Ludicity

1. Introdução

Considerando que as tecnologias evoluem rapidamente e proporcionam revoluções em diferentes áreas, no campo da educação não poderia ser diferente. No entanto, no Brasil, de acordo com PRADO (2015, p. 3) “a grande maioria das escolas ainda funciona com métodos do início do século 20 apesar de seus alunos estarem mais expostos do que nunca às novidades tecnológicas”.

As atuais exigências do mercado de trabalho trouxeram reflexões sobre como preparar os alunos nos espaços de ensino superior. Profissionais de diversas áreas do conhecimento buscam incorporar metodologias de ensino voltadas principalmente para as novas gerações, as quais são conhecidas como nativos digitais (geração Y, Z e alpha). A expressão “nativo digital”, criada pelo norte-americano Marc Prensky, representa uma pessoa que nasceu e cresceu com as tecnologias digitais presentes em sua vivência, como videogames, computadores, telefones celulares, entre outros. Trata-se de usuários que nasceram a partir de 1990, em um mundo circundado pelas novas tecnologias.

Com base no disposto por: Prensky (2001, p.2)

“[...] Os Nativos Digitais estão acostumados a receber informações muito rapidamente. Eles gostam de processar mais de uma coisa por vez e realizar múltiplas tarefas. Eles preferem os seus gráficos antes do texto ao invés do oposto. Eles preferem acesso aleatório (como hipertexto). Eles trabalham melhor quando ligados a uma

rede de contatos. Eles têm sucesso com gratificações instantâneas e recompensas frequentes. [...]”³

De acordo com Gervasoni e Bolesina (2021, p.37), “as características mais marcantes dessas gerações são a baixa tolerabilidade para longos monólogos e que possuem, como traço comum de personalidade, a ansiedade, o imediatismo e a cultura *maker*”. Sendo assim, mister se faz que novas metodologias sejam empregadas para atender a este público, como por exemplo a gamificação.

Neste sentido, o presente artigo tem por objetivo apresentar a gamificação, ancorada na ludicidade como base do processo de ensino-aprendizagem do conceito de Justiça Ambiental nos cursos de Direito, com vistas ao desenvolvimento de competências para atender às novas demandas das gerações que frequentam às universidades, conhecidas pelo nome de “nativos digitais”.

Para apresentar os fundamentos teóricos da gamificação e do processo de criação de um jogo digital educativo utilizado no ensino jurídico, foi realizada revisão de literatura para delimitação do tema e para a contextualização do problema de pesquisa. A ideia central é poder contribuir para o debate sobre o emprego da ludicidade no processo de ensino-aprendizagem em cursos que tradicionalmente apresentam resistência ao uso de objetos lúdicos.

2. A Ludicidade nos Ambientes de Ensino

O ato de brincar é um comportamento antigo e que faz parte da vida do ser humano há séculos. De acordo com Kishimoto (2017, p.31) “o jogo visto como recreação existe desde a antiguidade greco-romana, aparecendo na época como relaxamento necessário a atividades que exigiam esforço físico, intelectual e escolar (Aristóteles, Tomás de Aquino, Sêneca, Sócrates)”.

Ainda de acordo com Kishimoto (2017, p.31), na Idade Média o jogo foi considerado “não sério”, por estar associado ao jogo de azar e, foi somente a partir do Renascimento que a brincadeira surge como conduta livre que favorece o desenvolvimento da inteligência e facilita o estudo.

Quando tratamos da ludicidade estamos nos referindo à diversão relativa aos jogos, aos brinquedos e às brincadeiras. De acordo com Brougère (2021, p.12) é preciso esclarecer

³ Tradução livre do texto original: “[...] *Digital Natives are used to receiving information really fast. They like to parallel process and multi-task. They prefer their graphics before their text rather than the opposite. They prefer random access (like hypertext). They function best when networked. They thrive on instant gratification and frequent rewards. [...]*”

que no conjunto dos chamados objetos lúdicos faz-se necessária a distinção entre brinquedos e jogos:

[...] Aquilo que é chamado de jogo (jogos de sociedade, de construção, de habilidade, jogos eletrônicos ou de vídeo...) pressupõe a presença de uma função como determinante no interesse do objeto e anterior ao seu uso legítimo. Trata-se da regra para um jogo de sociedade ou do princípio de construção (encaixe, montagem) para as peças de um jogo de construção[...].

Os brinquedos, ao contrário dos jogos, não parecem definidos por uma função precisa. Kishimoto (2017, p.20) esclarece que “o brinquedo supõe uma relação íntima com a criança e uma indeterminação quanto ao uso, ou seja, a ausência de um sistema de regras que organizam a sua utilização”.

Mas, a brincadeira? Como pode ser definida? De acordo com Kishimoto (2017, p.24) a brincadeira: “É a ação que a criança desempenha ao concretizar as regras do jogo, ao mergulhar na ação lúdica. Pode-se dizer que é o lúdico em ação. Desta forma, brinquedo e brincadeira relacionam-se diretamente com a criança e não se confundem com o jogo”.

A partir da apresentação desses conceitos passamos a analisar qual a importância de se trabalhar com objetos lúdicos no processo de ensino aprendizagem. Surge um questionamento sobre o tema: o ato de brincar promove o desenvolvimento físico, psicológico, cognitivo, estimulando o desenvolvimento intelectual? De acordo com Brougère (2021, p.72-73):

A interação lúdica associa às significações preexistentes e aos estímulos inscritos no brinquedo uma produção de sentido e de ação que emana da criança. É o momento em que a criança se apropria dos conteúdos disponíveis tornando-os seus, através de uma construção específica, quer ela seja ou não original.

Modesto (2014, p.5) reforça este argumento no tocante à relevância das interações lúdicas no ensino:

O lúdico na sala de aula torna-se um espaço de reelaboração do conhecimento vivencial e constituído com o grupo ou individualmente e a criança passa a ser a protagonista de sua história social, o sujeito da construção de sua identidade, buscando uma autoafirmação social, dando continuidade nas suas ações e atitudes, possibilitando o despertar para aprender.

Mesmo diante de diversos posicionamentos favoráveis à utilização de objetos lúdicos na educação, ainda verificamos que alguns educadores têm dificuldade de perceber a importância da ludicidade no processo de ensino-aprendizagem. Mas, qual seria o motivo da resistência desses profissionais em se valer, por exemplo, do uso de jogos principalmente nos cursos de graduação onde se promove o ensino para adultos?

Prensky (2012, p.157-158) em seu livro “Aprendizagem baseada em jogos digitais” aponta que no conceito de diversão existe uma dualidade pois este termo ora significa divertimento, entretenimento bem como também pode significar ridicularizar, enganar podendo estar ligado até mesmo a uma aceção sexual. Ele enfatiza que essa dicotomia entre o conceito de diversão assumindo uma conotação positiva e negativa está no cerne da resistência de empresários e educadores no tocante às novas abordagens de aprendizagem por meio de jogos.

Prensky (2012, p.159) acrescenta ainda que muitos associam o treinamento e a aprendizagem não à diversão e sim à dor, citando inclusive o aforismo de Benjamin Franklin que expressa essa ideia: “O que machuca instrui”. Desse modo, é muito comum em diversas culturas prevalecer a crença de que quando não há sofrimento, não há aprendizado.

Segundo o autor haveria uma forte tradição religiosa que reforça a ideia de que “toda aprendizagem é dolorosa, o conhecimento é um pecado e a aprendizagem é uma mera forma de sofrimento” (PRENSKY; 2012, p.160). Considerando que a Igreja controlou as escolas durante milhares de anos, dentre os pontos negativos dessa influência está a ideia de que há uma ligação entre o conhecimento e o mal, e entre a diversão e o pecado.

A partir dos argumentos apresentados podemos perceber que é preciso desconstruir a ideia de que os adultos quando trabalham ou estudam estão vivenciando uma parte de suas vidas que não comporta a diversão. É sabido que muitas pessoas têm um envolvimento com o trabalho que lhe geram muito prazer o que não descaracteriza a seriedade com que encaram suas atribuições. “Um conceito moderno utilizado para unir os dois é a noção de “trabalho divertido” (em inglês, *playful work*) ou seja, um trabalho que seja produtivo e, ao mesmo tempo, agradável e envolvente”. (PRENSKY; 2012, p.166)

Em suma, é possível por meio de jogos educativos com fins pedagógicos promover o ensino de qualidade se valendo da ludicidade como recurso para o desenvolvimento social, emocional e intelectual dos alunos. A aprendizagem baseada em jogos pode motivar e tornar o ensino agradável e divertido.

3. Jogos Educativos Digitais

Para melhor compreensão do tema, faz-se necessária uma breve abordagem sobre o surgimento dos jogos digitais. De acordo com Araújo e Carvalho (2018, p.250):

Os jogos eletrônicos que surgiram após os anos 70 e levaram à criação de uma indústria de entretenimento que evoluiu ao longo de décadas adaptando-se à procura dos seus utilizadores e às novas tecnologias desenvolvidas. O seu desenvolvimento procurou sempre encontrar novas

formas de diversão para cativar os utilizadores, desbravando as mais íntimas motivações de qualquer ser humano.

Ainda com base no disposto pelos referidos autores, foi no início do novo milênio, por meio da obra *What Video Games have to teach us about learning and literacy* de Jean Paul Gee (2003), que os videojogos, uma nova geração de jogos, passaram a chamar a atenção de profissionais da educação. O fato de os alunos passarem a investir mais tempo com jogos eletrônicos do que no próprio estudo das disciplinas, gerou o interesse de se estudar esta ferramenta.

Para melhor compreensão dessa questão, cremos ser importante a apresentação de alguns conceitos que emergem sobre a temática dos jogos. A primeira importante definição geral que deve ser apresentada refere-se ao conceito de gamificação, o qual, segundo Alves, Minho e Diniz, (2014, p.76) consiste:

A gamificação se constitui na utilização da mecânica dos games em cenários *non games*, criando espaços de aprendizagem mediados pelo desafio, pelo prazer e entretenimento. Compreendemos espaços de aprendizagem como distintos cenários escolares e não escolares que potencializam o desenvolvimento de habilidades cognitivas (planejamento, memória, atenção, entre outros), habilidades sociais (comunicação, assertividade, resolução de conflitos interpessoais, entre outros) e habilidades motoras.

Corroborando a definição apresentada anteriormente, Deterding *et al.* (2011, p.10) esclarece que: *Gamification is the use of game design elements in non-game contexts*⁴. Assim, observamos que na gamificação ocorre o uso do design de jogos e até mesmo das regras e mecânicas dos jogos em outros contextos como por exemplo para o processo de ensino aprendizagem por educadores e empresários.

Alves (2015, p.129) acrescenta mais elementos ao conceito de gamificação:

Gamificação como estratégia de aprendizagem é uma forma interativa e divertida para o alcance de um objetivo específico e mensurável, portanto o desenvolvimento de uma solução de aprendizagem gamificada, de um programa de treinamento ou de uma aula deve começar pelo mesmo ponto de partida, definindo objetivos e estratégias para a medição do resultado e seguir o fluxo completo até que a aprendizagem seja transferida para o local de trabalho e possa gerar o impacto esperado no negócio.

Araújo (2016, p.89) explica que o termo *Gamification* foi apresentado pela primeira vez em 2002 por um programador chamado Nick Pelling. Na ocasião a palavra possuía um significado diferente do atual. Como ele havia trabalhado no desenvolvimento de interfaces para videojogos, pensou na possibilidade de como este conhecimento poderia ser utilizado

⁴ A gamificação é uso de elementos de *game design* em contextos que não jogos (tradução livre).

para melhorar equipamentos eletrônicos como caixas de banco, máquinas de venda automática, telemóveis etc. Na ocasião, focava-se mais no desenvolvimento de hardware ou equipamentos eletrônicos mais intuitivos.

Em 2010, o termo *Gamification* ganha força com o significado que hoje lhe é atribuído. O termo foi utilizado por Jesse Schell na Conferência DICE 2010, onde defendeu que futuramente os jogos ou os elementos que os constituem iriam invadir as tarefas do cotidiano (ARAÚJO, 2016, p.89).

No tocante às características essenciais da gamificação Araújo e Carvalho (2018, p.254) esclarecem ainda que:

Essas são as características essenciais quando falamos em gamificação: aplicar *design* de jogo a contextos que não são jogos. Isto significa que podemos recorrer a regras e a mecânicas de jogo, que possuem uma grande influência sobre os jogadores, e aplicar a contextos reais, mas sem que para isso seja necessário criar um jogo concreto.

Evidencia-se assim que na gamificação pode ou não ser utilizado um jogo concreto, sendo que o propósito a ser alcançado ultrapassa o próprio uso do jogo, o qual está incluído em um sistema mais abrangente. Também é de suma importância destacar que se trata de algo muito simples, podendo funcionar com ou sem o uso da tecnologia, tratando-se de uma estratégia instrucional com motivações diversas, como por exemplo as recompensas, a fim de gerar engajamento dos participantes.

Visando atender a um propósito educativo, foi criado o Jogo Digital ECOJUSTIÇA (JDE) para promover o ensino da Justiça/Racismo Ambiental de forma cooperativa e em grupo desenvolvendo a cognição, concentração e motivação dos alunos do Curso de Direito.

A criação do referido jogo (Figura 1) se deu durante o desenvolvimento de pesquisa no curso de Mestrado em Ensino em Ciências da Saúde e do Meio Ambiente do UNIFOA em Volta Redonda, cujo um dos objetivos foi subsidiar um *Quiz Game* em plataforma digital, onde os jogadores deveriam responder questões de múltipla escolha sobre temáticas socioambientais interdisciplinares, que se utilizam de conhecimentos jurídicos de variados ramos do Direito brasileiro. O jogo foi testado em sala de aula e os resultados obtidos foram publicados em um periódico da área de ensino⁵. Para acessar o JDE basta entrar no site⁶ ou

⁵ LUSTOSA, T. S.; PEREIRA, A. JOGO ECOJUSTIÇA: ENSINANDO JUSTIÇA AMBIENTAL. Revista Praxis, v. 14, n. 27, 11 ago. 2022. Acesso: <https://revistas.unifoa.edu.br/praxis/article/view/3950/2918>, Qualis A2

⁶ www.justicaambiental.com.br

diretamente pelo link⁷. O material indicado para estudar para o jogo também se encontra disponibilizado no site.

Figura 1: Logotipo do Jogo Digital ECOJUSTIÇA



Fonte: Elaborado pelo designer Pedro Vieira Lustosa – Ano 2021⁸

Durante o percurso de criação do jogo, foi desenvolvido estudo sobre a gamificação, o que permitiu identificar os chamados elementos dos *games*. Estes representam uma espécie de caixa de ferramentas que são utilizadas para promover a aprendizagem gamificada. De acordo com Alves (2015, p.56), existem diversos elementos que constituem os *games* podendo torná-los mais engajadores e transformá-los em experiências nas quais os jogadores estejam mais envolvidos.

Em termos de aprendizagem, quando pensamos em *gamification* estamos em busca da produção de experiências que sejam engajadoras e que mantenham os jogadores focados em sua essência para aprenderem algo que impacte positivamente sua performance.

Alves (2015, p.56) apresenta em sua obra o modelo de elementos de games proposto por *Kevin Werbach* que pode ser sintetizado na imagem (Figura 2) a seguir:

Figura 2 - Modelo de Elementos de Games de Kevin Werbach



Fonte: Imagem retirada de Alves (2015, p.56)

⁷<http://quizgame.justicaambiental.com.br/>. Programa de Computador. Número do registro: BR512022002424-1, data de registro: 01/09/2022, título: "Quiz Game ECOJUSTIÇA", Instituição de registro: INPI - Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

⁸ Marca Registrada de Produto. Número do registro: 923813438, título: "ECOJUSTIÇA", INPI

Com base na Figura 2 é possível observar que os elementos dos games se dividem em: dinâmica, mecânica e componentes do jogo. A dinâmica que está no topo da pirâmide é constituída pelos elementos responsáveis por atribuir coerência e padrões regulares à experiência. Já a mecânica envolve os elementos que promovem a ação que movimenta o ensino gamificado. E os componentes do jogo seriam as formas específicas de fazer o que a dinâmica e a mecânica representam.

O quadro a seguir (Quadro 1) apresenta uma relação de exemplos de cada um desses elementos apontados por:

Quadro 1: Elementos dos games

DINÂMICA	MECÂNICA	COMPONENTES DO JOGO
Constrições	Desafios	Realizações
Emoções	Sorte	Avatares
Narrativa (<i>Storytelling</i>)	Cooperação e Competição	<i>Badges</i>
Progressão	Feedback	<i>Boss fights</i>
Relacionamento	Aquisição de recursos	Coleções
	Recompensas	Combate
	Turnos	Destravamento de conteúdo
	Estados de vitória	Placar ou “ <i>leaderboard</i> ”
		Níveis
		Investigação ou exploração
		Gráfico Social
		Bens virtuais

Fonte: Elaborado com base em Alves (2015)

De acordo com (ALVES, 2015) estes são exemplos de elementos que deveriam compor um jogo. Assim, ao criar o JDE foi possível identificar a presença de alguns deles. No tocante à dinâmica podemos encontrar no jogo todos os exemplos citados. Por se tratar de um *Quiz Game*, identificamos as chamadas constrições relacionadas as escolhas que o jogador precisa fazer por julgá-las significativas. No JDE o jogador precisa fazer escolhas para marcar uma assertiva das questões pois, se não o fizer, não irá progredir. O jogo também envolve emoções na busca por se alcançar um objetivo.

Já a narrativa, ainda segundo Alves (2015, p.58), diz respeito “a estrutura que une os elementos do sistema gamificado e faz com que haja um sentimento de coerência” e de uma conexão com o todo. Ao tratar de desastres ambientais e de ações civis públicas movidas pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, os discentes podem aprender sobre a

relação direta entre certos tipos de desastres e desigualdades socioambientais à medida que avançam nas fases do JDE. Existe uma logicidade relacionada ao conteúdo das questões a fim de promover o aprendizado. A existência de fases a serem ultrapassadas durante o jogo diz respeito ao elemento da progressão que oferece ao jogador mecanismos para que se sinta progredindo. Há também o elemento do relacionamento tendo em vista que, por se tratar de um jogo em grupo, há interação social.

Em relação a mecânica é possível identificar alguns exemplos apresentados no Quadro 1. São apresentados desafios, há competição e cooperação. Ao final da quarta fase, como será abordado mais a frente, os alunos no jogo em grupo somente poderão progredir para a quinta fase se todos alcançarem um mínimo de pontos exigidos, havendo assim a necessidade de que todos os participantes estudem e estejam preparados pois, caso contrário, podem prejudicar os demais integrantes o que demanda à cooperação. Percebe-se ainda o elemento de estado de vitória à medida que o aluno avança nas fases do jogo.

No que concerne aos componentes do jogo podemos identificar no JDE alguns exemplos citados. Os avatares que são as representações visuais do personagem estão presentes no *Quiz Game*. Também existem placares ou *leaderbord*, visto que ao final de cada etapa do jogo aparece o ranqueamento dos jogadores com os pontos atingidos por cada personagem, o que nos remete a outro elemento que seria o *score* (pontuação). As fases do jogo representam diferentes graus de dificuldade o que se relaciona com o elemento nível. Ademais à medida que o jogador avança são descartadas as possibilidades de uma segunda chance para responder as perguntas dificultando o jogo. Por último e não menos importante, temos o chamado gráfico social o qual consiste em fazer com que o game seja uma extensão de seu círculo social. Os personagens do Jogo ECOJUSTIÇA retratam profissionais da área jurídica com quem os alunos terão contato ao trabalhar como advogados, defensores públicos, delegados, promotores e professores universitários.

O entorno dessa pirâmide (Figura 2) representa a experiência que se busca com a gamificação e parte dela diz respeito a chamada “experiência estética dos games”. Segundo Alves (2015, p. 60): “Parte crítica desta experiência é a estética empregada no game, pois ela é responsável por criar de alguma forma um senso de “verdade” para que esta experiência aconteça da forma como desejamos”. No processo de elaboração do JDE houve a preocupação com seu *design* a fim de tornar a experiência gamificada mais atraente e agradável.

Corroborando com alguns apontamentos anteriores, Prensky (2012, p.156) relaciona em sua obra doze itens que justificariam o fato dos jogos digitais prenderem a atenção dos participantes:

- Jogos são uma forma de diversão, o que nos proporciona prazer e satisfação.
- Jogos são uma forma de brincar, o que faz nosso envolvimento ser intenso e fervoroso.
- Jogos têm regras, o que nos dá estrutura.
- Jogos têm metas, o que nos dá motivação.
- Jogos são interativos, o que nos faz agir.
- Jogos tem resultados e feedback, o que nos faz aprender.
- Jogos são adaptáveis, o que nos faz seguir um fluxo.
- Jogos têm vitórias, o que gratifica nosso ego.
- Jogos têm conflitos/competições/desafios/oposições, o que nos dá adrenalina.
- Jogos envolvem a solução de problemas, o que estimula nossa criatividade.
- Jogos têm interação, o que nos leva a grupos sociais.
- Jogos tem enredo e representações, o que nos proporciona emoção.

Desse modo, o Jogo Digital ECOJUSTIÇA aparece como uma TIC (Tecnologia da Informação e Comunicação) que visa ambientar os discentes sobre a realidade social e sobre questões relacionadas aos desastres ambientais e seus impactos na coletividade, proporcionando uma experiência em grupo com cunho cooperativo que busca gerar desafios, interação social, motivação dos discentes por meio de um enredo e personagens.

Cumprindo ainda mencionar que existem diferenças entre os chamados jogos de entretenimento e jogos sérios (*serious games*). Reis e Gomes (2015, p.145) mencionam que:

[...] os jogos sérios são definidos como jogos com características de entretenimento, no entanto são projetados para fins sérios, ou seja, proporcionar a capacitação corporativa, a educação, a saúde, as políticas públicas e, ainda, com fins estratégicos de comunicação.

O JDE pode ser classificado como um jogo digital, na modalidade dos jogos sérios, tem em vista o seu propósito educativo de promover o ensino das temáticas da Justiça/Racismo Ambiental nos Cursos de Direito. Nesse cenário, a educação lúdica, com a utilização de Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) foi empregada como recurso capaz de produzir conhecimento e despertar a reflexão.

4. Teoria de Aprendizagem

Para a elaboração do Jogo Digital ECOJUSTIÇA foi adotada a Teoria da Aprendizagem Sociointeracionista proposta originalmente pelo bielorusso Lev Semionovich Vygotsky (1896-1934), segundo a qual se estuda o pensamento como produto da história social ou reflexo das atividades interpessoais e das condições materiais.

Os conceitos que norteiam a Teoria da Aprendizagem de Vygotsky são: a internalização do conhecimento pelo estudante para que o mesmo promova uma transformação em si mesmo; a mediação realizada por meio de professores ou por ferramentas como por exemplo livros, obras de artes e até mesmo jogos educativos; a zona de desenvolvimento proximal que está entre o nível da zona de desenvolvimento real (relacionado aquilo que o indivíduo consegue fazer sozinho) e o nível do desenvolvimento potencial (em que o aprendizado é desenvolvido com auxílio de um mediador).

Desse modo, corroborando o disposto anteriormente, segundo a Teoria Sociointeracionista de Vygotsky:

A aprendizagem acontece mediada por fatores sociais, históricos e culturais, que convivem no espaço onde as relações de ensino e aprendizagem acontecem. A cultura digital na qual estamos imersos é um desses fatores apontados por Vygotsky, tendo os jogos digitais educacionais um papel fundamental nas ações interacionistas que aproximam o estudante da escola, aqui entendida num sentido mais amplo. A criação de um jogo educacional que parte de um referencial interacionista, como a teoria defendida por Vygotsky, tem na essência de sua concepção bases didáticas pedagógicas que vão consolidá-lo como ferramenta consistente de ensino e não apenas como mais um elemento usado para diversificação no aprendizado. (RIBEIRO *et al.*, 2015, p.6)

Vale destacar que o jogo conduz o estudante a lidar com desafios, frustrações e até mesmo com prazos para conclusão da atividade. Reforçando esta ideia, de acordo com Falkembach (2006, p.1):

Os jogos, atividades para exercitar a habilidade mental e a imaginação, as brincadeiras tipo desafios, as brincadeiras de rua, ou seja, toda a atividade lúdica agrada, entretém, prende a atenção, entusiasma e ensina com maior eficiência, porque transmite as informações de várias formas, estimulando diversos sentidos ao mesmo tempo e sem se tornar cansativo. Em um jogo a carga informativa pode ser significativamente maior, os apelos sensoriais podem ser multiplicados e isso faz com que a atenção e o interesse do aluno sejam mantidos, promovendo a retenção da informação e facilitando a aprendizagem. Portanto, toda a atividade que incorporar a ludicidade pode se tornar um recurso facilitador do processo de ensino e aprendizagem.

Com a aplicação do JDE, procurou-se trabalhar a criticidade sobre questões sociais ligadas à problemática ambiental que, juntamente com a figura do professor, promoveu um novo aprendizado, possibilitando a transformação do discente por meio da internalização de novos conceitos para que ele tenha a capacidade de modificar o meio em que vive, passando a diante todo o conhecimento adquirido com as reflexões feitas durante as dinâmicas em sala de aula.

4. Considerações Finais

A partir da presente pesquisa, observou-se que o ensino nos cursos de formação jurídica precisa adotar paradigma educacional diferenciado daquele que tradicionalmente marca o cotidiano das salas de aula. As novas gerações, conhecidas como nativos digitais (geração Y, Z e alpha), que cresceram com tecnologias como videogames, computadores, telefones celulares, entre outros, possuem características diferentes que demandam a introdução de metodologias mais engajadoras e atrativas.

Também se verificou que é preciso desconstruir a ideia de que os adultos quando trabalham ou estudam estão vivenciando uma parte de suas vidas que não comporta a diversão. A ludicidade pode trazer grandes benefícios para a educação jurídica o que não afasta o comprometimento com o aprendizado. É sabido que muitas pessoas têm um envolvimento com o trabalho que lhe geram muito prazer o que não descaracteriza a seriedade com que encaram suas atribuições.

Nesse cenário surge a gamificação como estratégia de ensino-aprendizagem a qual possibilita uma experiência que busca gerar desafios, competições, interação social e motivação dos discentes por meio de um enredo e personagens.

A pesquisa ainda tratou da criação de jogo digital educativo a fim de ilustrar o processo de elaboração do game e a importância da ludicidade no ensino jurídico. A gamificação ainda contribui para o desenvolvimento da autonomia do indivíduo ao relacionar seus conhecimentos com o contexto apresentado no game, evitando-se assim que a prática educativa esteja distante da realidade dos alunos.

5. Referências Bibliográficas:

ALVES, F. Gamification - como criar experiências de aprendizagem engajadoras: um guia completo do conceito a prática. São Paulo: DVS Editora, 2015.

ALVES, L.R.G. *et al* Gamificação: diálogos com a educação. In: FADEL, Luciane Maria et al. (Org.). Gamificação na educação. São Paulo: Pimenta Cultural, p. 74-97, 2014.

ARAÚJO, I. Gamification: metodología para envolver y motivar alumnos en el proceso de aprendizaje. Education in the Knowledge Society (EKS), v. 17, p. 87, 2016.

ARAÚJO, I.; CARVALHO, A. A. GAMIFICAÇÃO NO ENSINO: casos bem-sucedidos. Revista Observatório, v. 4, n. 4, p. 246–283, 2018.

BROUGÈRE, G. Brinquedo e Cultura. São Paulo: Cortez Editora, 2021.

DETERDING, S. et al. From game design elements to gamefulness: defining "gamification". In: Proceedings of the 15th international academic MindTrek conference: Envisioning future media environments. p. 9-15, 2011.

FALKEMBACH, G. A. M. O lúdico e os jogos educacionais. Mídias na Educação - UFRGS, p. 8, 2006.

GERVASONI, T.; BOLESINA, I. Gamificação no ensino jurídico: uma experiência aplicada às gerações contemporâneas. *Uma Nova Pedagogia para a Sociedade Futura*, n. 0, p. 36–46, 2021.

KISHIMOTO, T. M. *Jogo, brinquedo, brincadeira e a educação*. 14ª ed. São Paulo: Cortez Editora, 2017.

MODESTO, M. C.; RUBIO, J. DE A. S. A Importância da Ludicidade na Construção do Conhecimento. *Revista Eletrônica Saberes da Educação*, v. 5, p. 16, 2014.

PRENSKY, M. *Aprendizagem baseada em jogos digitais*. São Paulo: Senac, 2012.

PRENSKY, M. Digital Natives, Digital Immigrants Part 1, *On the Horizon*, Vol. 9, 5ª Edição, pp. 1-6, 2001.

REIS, S. S.; GOMES, A. A produção de jogos sérios interdisciplinares na universidade: novos desafios e possibilidades para o ensino da linguagem. *Revista Horizontes de Linguística Aplicada*, v. 14, 2015.

RIBEIRO, R. J. et al. Teorias de Aprendizagem em Jogos Digitais Educacionais: um Panorama Brasileiro. *RENOTE*, v. 13, n. 1, 2015.

Dilemas da Tributação na Economia Digital: Perspectivas da União Europeia e OCDE Contra a Concorrência Fiscal

Quandaries of Taxation in Digital Economy: Perspectives of European Union and OECD Against the Tax Competition

Tales Schmidke Barbosa¹

Claudia Garcia Horchel²

Sumário: 1. Introdução; 2. Economia digital no contexto global; 3. Desafios da tributação do Estado fonte diante do planejamento fiscal; 4. A temática do estabelecimento estável; 5. Soluções no âmbito da OCDE e na União Europeia para a tributação da economia digital.

Resumo: O presente trabalho examina os desafios, em matéria tributária, nas transações econômicas no âmbito do comércio digital global, tema ainda não consolidado e que vem ocupando a pauta central dos debates internacionais. A análise recai sobre as perspectivas e soluções propostas no âmbito da União Europeia (EU) e as tratativas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), no esforço de minimizar o impacto da concorrência fiscal interestados na fixação do investimento e de definir a aplicação tributária sem aniquilar as inovações na era da receita digital. Partindo da hipótese de que a revolução tecnológica vem criando novos modelos de negócios por meio do espaço virtual e de que foi surgindo a necessidade de definir a aplicação tributária sem anular as inovações digitais para, assim, obter-se um possível equilíbrio de arrecadação, o trabalho se subdivide em três partes específicas. Primeiramente, conceituará a economia digital no cenário global, trazendo ao estudo os recentes acontecimentos dessa nova economia. A seguir, a pesquisa abordará alguns aspectos sobre os desafios que o Estado fonte enfrenta na tributação digital perante o planejamento fiscal. Por fim, serão analisadas as tratativas da OCDE, passando pelo contexto do sistema “BEPS”, e os principais posicionamentos da União Europeia e sua autoridade legislativa no cenário internacional diante do desafio da tributação de bens intangíveis. Com relação à metodologia empregada, foi utilizado o método de pesquisa sistemática e as técnicas de suporte que compreendem o uso de doutrinas, jurisprudência e artigos, assim como os principais acontecimentos recentes sobre a temática. Por fim, o presente artigo se encerra com as considerações finais, nas quais serão analisados os pontos conclusivos das propostas da OCDE e EU no cenário internacional, deixando pistas para novas investigações e propostas sobre a temática.

Palavras-chave: Economia Digital; Tributação; União Europeia; OCDE; Concorrência Fiscal.

¹ Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBET. Advogado e Consultor em Direito Público. E-mail: tales@tbarbosa.com.br; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0348263639766304>

² Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique (Porto, Portugal). Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2013). Policial Federal no Departamento de Polícia Federal (Rio de Janeiro). Atuou por 9 anos na Delegacia de Repressão e Combate à Corrupção e Crimes Financeiros. Integrou a Força-Tarefa Lava Jato RJ. Formada pela Academia Nacional de Polícia no Curso de Teoria e Prática Educacional e formação em Tutoria no ensino EAD. E-mail: clauhorchel@gmail.com; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7639261881712849>

Abstract: This paper examines the challenges in tax matters in economic transactions in the context of global digital commerce, a topic that has not yet been consolidated and that has been occupying the central agenda of international debates. The analysis focuses on the perspectives and solutions proposed within the scope of the European Union and the negotiations of the OECD, in an effort to minimize the impact of Inter-State tax competition in fixing investment and to define the tax application without annihilating innovations in the digital revenue era. Based on the hypothesis that the technological revolution has been creating new business models through the virtual space and that the need to define the tax application without nullifying the digital innovations, in order to obtain a possible balance of revenue, has emerged. subdivides into three specific parts. First, it will conceptualize the digital economy in the global scenario, bringing to the study the recent setbacks of this new economy. Next, the research will address some aspects of the challenges that the source State faces in digital taxation in the face of tax planning. Finally, the negotiations of the OECD will be analyzed, going through the context of the “BEPS” system, and the main positions of the European Union and its legislative authority in the international scenario in face of the challenge of taxation of intangible goods. Regarding the methodology used, the systematic research method and support techniques were used, which include the use of doctrines, jurisprudence, articles, as well as the main recent events on the subject. Finally, this article ends with the final considerations, in which the concluding points of the proposals of the OECD and EU in the international scenario will be analyzed, leaving clues for further investigations and proposals on the subject.

Keywords: Digital Economy, Taxation, European Union, OECD, Tax Competition.

1. Introdução

A revolução tecnológica vem criando modelos de negócios por meio do espaço virtual, desmaterializando as transações econômicas e fazendo as relações jurídicas migrarem para o ciberespaço. Produtos e serviços como e-commerce, computação em nuvem, big data, *blockchain*, inteligência artificial e moedas virtuais, para citar apenas alguns, foram surgindo sem uma legislação à altura que acompanhasse as transformações da receita na economia digital, tornando imperiosa a revisão do sistema tributário global.

As empresas remodelaram suas operações comerciais e inovaram em termos de produtos e serviços, o que permitiu a realização de negócios em todo o cenário internacional, conquistando novos mercados sem a necessidade de instalação física no país onde mantêm relações comerciais, vendem seus bens e operam seus serviços³.

Contudo, a digitalização da economia se transformou em um dos principais desafios para os Estado da fonte em matéria de tributação. Por um lado, a empresa estrangeira digital auferir receita no país onde o produto é consumido, sem a definição de estabelecimento permanente. Essa prática afasta as regras do sistema tributário global relativas ao “nexo” com base na presença física, que determina o local onde será tributado e as regras de alocação de

³ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Action 1. Tax Challenges Arising from Digitalisation. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action1/#d.en.521630>>. Acesso em: 01 jul. 2021.

lucros que definem qual parte do lucro deve ser tributado, situação que corrói a segurança fiscal.

Por outro lado, as novas tecnologias facilitaram a evasão fiscal a partir do planejamento fiscal agressivo com a alocação de lucros para jurisdições fiscais com baixa ou nenhuma tributação. Essa é a essência do projeto de erosão de base e mudança de lucro – BEPS (do inglês: *Base Erosion and Profit Shifting*), que, segundo Quadro Inclusivo OCDE/G20, continua sendo prioridade máxima do trabalho dos 139 membros.⁴

Diante da realidade inquestionável da tributação da economia digital, o estudo se subdivide em três partes específicas. Primeiramente, conceituará a economia digital no cenário global trazendo ao estudo os recentes acontecimentos dessa nova economia. A seguir, a pesquisa abordará alguns aspectos sobre os desafios que o Estado fonte enfrenta na tributação digital diante do planejamento fiscal. Por fim, o presente artigo se encerra com as considerações finais, nas quais serão analisados os pontos conclusivos das propostas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e União Europeia (UE) no cenário internacional, deixando pistas para novas investigações e propostas sobre a temática.

Com relação à metodologia empregada, foi utilizado o método de pesquisa sistemática e as técnicas de suporte que compreendem o uso de doutrinas, jurisprudência e artigos, assim como os principais acontecimentos recentes sobre o tema.

O foco principal deste estudo recai sobre as possíveis soluções na tributação no âmbito da OCDE, passando pelo enquadramento do sistema “BEPS” contextualizado no impacto da concorrência fiscal Interestados *versus* a concorrência global, em que as soluções legais e políticas internacionais são determinantes, sem aniquilar, contudo, as bases mestras da soberania de cada Estado e do Pacto de Estabilidade e Crescimento sob os quais determinados Estados se comprometeram.

2. Economia Digital no Contexto Global

A era tecnológica vem redefinindo completamente as estruturas humanas e sociais, impactando de maneira sem precedentes o modo como nos comunicamos, trabalhamos, consumimos, realizamos negócios e alcançamos mercados. Tudo isso se deve ao aumento exponencial do desempenho das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC). Produtos nunca vistos antes passaram a ser demandados na plataforma digital, assim como

⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Action 1. Tax Challenges Arising from Digitalisation. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action1/#d.en.521630>>. Acesso em: 01 jul. 2021.

bens, serviços e formas de laborar. Criador de conteúdo e administrador de redes sociais viraram novas modalidades de trabalho.

No movimento desta nova realidade empresarial de atuar, vender, fornecer serviços, gerar novos produtos e consumir, nasceu uma veloz atividade econômica, a Economia Digital. Não para menos, foi classificada como a 4ª Revolução Industrial pelo presidente e fundador executivo do Fórum Econômico Mundial, Klaus Schwab⁵, movimento que teve início na virada do século e tem por base a revolução digital.

Em contraste com as três revoluções industriais pretéritas, Schwab nos faz refletir acerca da velocidade exponencial de difusão mundial da 4ª Revolução Industrial:

Nessa revolução, as tecnologias emergentes e as inovações generalizadas são difundidas muito mais rápida e amplamente do que nas anteriores, as quais continuam a desdobrar-se em algumas partes do mundo. A segunda revolução industrial precisa ainda ser plenamente vivida por 17% da população mundial, pois quase 1,3 bilhão de pessoas ainda não têm acesso à eletricidade. Isso também é válido para a terceira revolução industrial, já que mais da metade da população mundial, 4 bilhões de pessoas, vive em países em desenvolvimento sem acesso à internet. O tear mecanizado (a marca da primeira revolução industrial) levou quase 120 anos para se espalhar fora da Europa. Em contraste, a internet espalhou-se pelo globo em menos de uma década.

De fato, a transformação digital recente, veloz e ilimitada provocou mudanças significativas na vida social e transformou a atividade empresarial. Essa nova realidade gerou desafios nos âmbitos legais e regulatórios e no imposto global, o que tornou centro de debate internacional na esfera das implicações fiscais.

Estamos falando de economia global que movimenta um faturamento na casa de trilhões de dólares e que ainda figura sem uma normativa fiscal e tributária. Segundo a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento – UNCTAD, o comércio eletrônico movimentou, em 2020, mais de 26,7 trilhões de dólares, o que significa quase 1/3 do PIB global⁶. Nesse sentido, a UE continua a centrar os seus trabalhos na luta contra a elisão fiscal e o planeamento fiscal sofisticado e agressivo, em um mercado constituído em seu bloco de mais de 500 milhões de consumidores, reforçando seu objetivo de arrecadação de mais receita para o orçamento da União Europeia.⁷

No âmbito da OCDE, traçou-se, em 2018, um compromisso com os 137 países que

⁵SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 36.

⁶UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). Global E-Commerce Jumps to \$26.7 Trillion, Covid-19 Boosts Online Retail Sales, UNCTAD/PRESS/PR/2021/009. 2020. Disponível em: <<https://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=2345>>. Acesso em: 03 jul. 2021.

⁷ PARLAMENTO EUROPEU. Fichas temáticas sobre a União Europeia. Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/43/a-ubiquidade-do-mercado-unico-digital>>. Acesso em: 03 jul. 2021.

compõem o Marco Inclusivo, no sentido de que a proposta técnica e política desenvolvida pela Organização fosse acatada consensualmente por todos os Estados até o final de 2020. Proposta que pareceu otimista diante dos desafios técnicos e políticos que o próprio tema impõe, mas que o consenso não foi alcançado até a presente data.

Como se não bastassem todos os obstáculos, os Estados Unidos, na figura do Secretário do Tesouro, enviaram uma carta formal em junho de 2020 comunicando a retirada do país das negociações da OCDE sobre tributação da economia digital. Fato que, obviamente, gerou descontentamento nas tratativas, desencadeando uma possível guerra fiscal declarada. Alguns países como a França entenderam como uma “clara provocação para todos que estavam negociando de boa-fé”.⁸ Diante do impasse nas tratativas, alguns países, em específico os europeus, anunciaram medidas unilaterais para tributar gigantes do setor de tecnologia ainda em 2020.

A bem da verdade é que a era digital vem movimentando um volume financeiro na casa dos trilhões de dólares e que as gigantes do setor da tecnologia, a exemplo da Amazon, Apple, Facebook, Alphabet e Microsoft estão sediadas nos EUA e, juntas, são avaliadas no marco de 4 trilhões de dólares⁹. Informação que nos faz refletir sobre a justificativa do adiamento das tratativas da tributação digital por parte dos EUA.

Esse fator gera outra problemática, a deslocalização em grande escala de capitais dos países pobres para os ricos. A perda da receita fiscal é visível, basta observar que os produtos digitais e bens intangíveis são vendidos e consumidos em países pobres sem a possibilidade de arrecadação por parte destes. Em curto espaço de tempo, a economia global paralela contribuirá para aumentar a desigualdade, diluindo o mercado local e o comércio regional em prejuízo da inovação, desacelerando o ritmo de crescimento e desviando investimentos.

A ONU reconhece o impacto das transformações nos países em desenvolvimento, deixando-os mais pobres, e, nesse sentido, posiciona-se:

Os avanços digitais já levaram à criação de enorme riqueza em tempo recorde, mas isso está altamente concentrado em um pequeno número de países, empresas e indivíduos [...]. A rápida disseminação das tecnologias digitais está transformando muitas atividades econômicas e sociais. Ao criar muitas oportunidades, o aumento da divisão digital ameaça deixar os países em desenvolvimento, e especialmente os países menos desenvolvidos, mais para trás.¹⁰

⁸ CARBONAR, Alberto. Crise na OCDE: tributação digital e guerras comerciais. JOTA, 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/crise-na-ocde-tributacao-digital-e-guerras-comerciais-10072020>>. Acesso em: 03 jul. 2021.

⁹KARAIAN, Jason. The four largest tech companies are now worth more than \$4 trillion. QUARTZ, 2019. Disponível em: <<https://qz.com/1777889/apple-microsoft-amazon-alphabet-now-worth-combined-4-trillion/>>. Acesso em: 03 jul. 2021.

¹⁰ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). Digital Economy Report 2019. 2019. Disponível em: <<https://unctad.org/webflyer/digital-economy-report-2019>>. Acesso em: 03 jul. 2021.

A mensagem é clara, a economia digital demonstra ser a principal fonte de riqueza e a falta de regulamentação tributária global e o poder político dos grandes interesses escusos estão estrangulando sobremaneira os Estados emergentes e os mais pobres, resultando em consequências dramáticas em todos os níveis: potencializando crises econômicas, desrespeito ao Estado de direito, deflagração de guerras fiscais, perversão do sistema econômico com o planejamento fiscal agressivo das empresas digitais e o abismo social

3. Os Desafios da Tributação do Estado Fonte Diante do Planejamento Fiscal

Na economia digital, caracterizada pelo comércio eletrônico direto de bens intangíveis, a presença física do comerciante no país de consumo é facilmente evitável, o que possibilita a opção da empresa que comercializa de escolher ser tributada ou não pelo Estado fonte. Tal decisão, eminentemente comercial e de índole fiscal, impacta diretamente na arrecadação do país de consumo.

A discussão do tema se ampara no teor do art. 7º da Convenção Modelo da OCDE, em que o Estado da Fonte somente poderá tributar os lucros de empresa estrangeira não residente se ela possuir estabelecimento permanente no Estado consumidor, tudo isso no intuito de evitar uma bitributação ou pluritributação.

Com isso é que, buscando uma coerência do sistema tributário internacional, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, a pedido do G20, vem trabalhando desde o ano de 2013 em um Plano de Ação para evitar, de forma global e coordenada, estruturas societárias e empresariais que resultem no que se convencionou denominar de *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) em operações transnacionais.

O tema não é novo e remete ao momento histórico em que já se discutiu a legitimação para tributar a renda gerada numa transação internacional, sendo considerado um problema clássico no que diz respeito ao imposto de renda em operações globalizadas¹¹.

No final do século XIX, ao se discutir o tema da legitimação para tributar do Estado fonte, desenvolveram-se as bases para o princípio da universalização da tributação, o que legitimou o Estado consumidor a exigir o tributo em bases mundiais, sem, contudo, considerar a problemática reversa da bitributação¹². Em contrapartida, sustentou-se que a residência, nacionalidade, ou mera presença física, eram critérios insuficientes para

¹¹ PIRES FILHO, Jorge José Roque. Os desafios da tributação na economia digital. 2017. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017. p. 75.

¹² WAGNER, A. Finanzwissenschaft, Zweiter Teil: Gebuhren- und allgemeine Steuerlehre, 1880, p. 296 apud PIRES FILHO, Jorge José Roque. Os desafios da tributação na economia digital. 2017. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017. p. 75.

estabelecer a sujeição tributária, já que tais critérios possibilitariam a tributação de pessoas que não se beneficiam das atividades do Estado, o que levou à criação do princípio da pertinência econômica, que tinha como premissa o vínculo de dependência criado entre o indivíduo e o Estado. Tal princípio considerava que o indivíduo teria maior vínculo com o Estado de onde se originam seus rendimentos, e não do seu próprio país de residência, defendendo-se a tese de que três quartos do tributo deveriam ser alocados ao Estado da fonte do rendimento, enquanto um quarto remanescente ao Estado da residência do contribuinte.¹³

Em relatório concluído em 1923, o Comitê Financeiro da Liga das Nações levantou alternativas para a solução dos problemas relativos à bitributação. No relatório, ficou consignado que os Estados deveriam isentar, reciprocamente, os não residentes da tributação, de tal modo que só restaria tributação pelo Estado de residência. Em 1928, o Comitê Financeiro da Liga das Nações acabou aprovando quatro modelos de convenções internacionais: em matéria de imposto de renda, de imposto de sucessões, de assistência administrativa e de assistência judiciária, em que prevaleceu para os impostos de caráter pessoal o critério da residência.¹⁴ Uma nova reunião na Liga das Nações, reunindo-se no México, em 1943, propôs um modelo de acordo para evitar a bitributação da renda, no qual prevalecia o interesse dos países importadores de capital, cujo colegiado foi composto primordialmente de representantes de países latino-americanos. Em 1946, novo acordo foi celebrado (de Londres), no qual os países industrializados tiveram maior ênfase, retornando a prioridade da tributação da renda pelo Estado da residência.¹⁵

A partir daí os trabalhos foram sequenciados por meio da OCDE, que aprovou o primeiro modelo de acordo de bitributação em julho de 1963. Em 1992, após nova revisão em razão da evolução da marcha do desenvolvimento mundial, foi publicado novo modelo, que trouxe como novidade a necessidade de revisões periódicas.

Seguindo a marcha histórica evolutiva, e considerando a já referenciada evolução da economia digital, a OCDE publicou plano com 15 ações específicas destinadas ao aperfeiçoamento fiscal, plano que foi encomendado pelos 20 países da maior economia do mundo (G-20) e que tem como objetivo barrar arranjos estruturados por organizações

¹³ SCHANZ. Zur Frage der Steuerpflicht. Finanzarchiv 1,4, 1892 apud PIRES FILHO, Jorge José Roque. Os desafios da tributação na economia digital. 2017. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017. p. 76

¹⁴ SHOUERI, Luís Eduardo. Imposto de Renda e o Comércio Eletrônico. In: SHOUERI, Luís Eduardo (Org.). Internet. O direito na Era Virtual. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 42 apud PIRES FILHO, Jorge José Roque. Os desafios da tributação na economia digital. 2017. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017. p. 77.

¹⁵ PIRES FILHO, Jorge José Roque. Os desafios da tributação na economia digital. 2017. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017. p. 76.

multinacionais com planejamento agressivo.

Importante destacar que há distinção entre o Modelo de Convenção da OCDE e da Organização das Nações Unidas (ONU), sendo que este último tem como padrão assegurar maiores competências tributárias para os países de fonte, normalmente importadores líquidos de investimentos externos¹⁶. As diferenças entre os modelos são relevantes, pois enquanto a ONU coloca mais ênfase na tributação da fonte, a OCDE é largamente baseada na tributação de residência.

Embora em relação ao destaque sobre a distinção entre os modelos, o representante brasileiro no Comitê de Especialistas da ONU, que elaborou o modelo dessa entidade, foi crítico do resultado final alcançado. Segundo alertou o representante brasileiro, o resultado do Modelo da ONU não conseguiu emplacar a proclamada intenção de favorecer os Estados em desenvolvimento, pois não está baseado no princípio da fonte, mas no domicílio, embora admitindo em outros casos a tributação no país de origem.¹⁷

Assim, o Modelo da ONU ficou sendo basicamente o Modelo da OCDE, com uma série de modificações tendentes a firmar “prioridade” – não a exclusividade – do princípio da fonte.

No presente estudo, adquire maior relevância no contexto geral a Ação n.º 7, que tem como objetivo a prevenção de situações que inibem a caracterização do conceito de estabelecimento permanente. Tal ação contém alterações quanto à definição de estabelecimento permanente para evitar a evasão de divisas, por meio do uso de estruturas de representação.

Em suma, a ação 7 do BEPS foca-se na ampliação de definição de Estabelecimento Estável contida no artigo 5º da Convenção Modelo da OCDE.¹⁸

4. A Temática do Estabelecimento Estável

A importância de definir o conceito de estabelecimento estável (ou permanente) reside na proposta para um novo conceito na Ação 7 do BEPS, em razão da utilização, por

¹⁶ PIRES, Manuel. *International juridical double taxation of income*. Deventer: Kluwer, 1989, p. 260 apud ROCHA, Sérgio Andre. *Acesso do Brasil à OCDE e a política fiscal internacional brasileira*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Avançada, 2020. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/10540>>. Acesso em: 06 jul. 2021

¹⁷ DUARTE FILHO, Paulo César Teixeira. *Acordos para evitar a dupla tributação – considerações sobre as políticas brasileiras*. In: SAUNDERS, Ana Paula et al. (Orgs.). *Estudos de Tributação Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 159.

¹⁸ Art. 5º Estabelecimento estável:

1. Para efeitos da presente Convenção, a expressão “estabelecimento estável” significa uma instalação fixa, através da qual a empresa exerça toda ou parte da sua atividade.

empresas, de estratégias artificiais para evitar o enquadramento de suas atividades em determinado país na definição de estabelecimento permanente contida na Convenção Modelo da OCDE, passando a extinguir filiais que tradicionalmente agiam como distribuidores dependentes.¹⁹

Dentro disso é que exsurge a necessidade de se estabelecer nova definição no conceito de estabelecimento estável, que exigia a presença física a um determinado território, descaracterizando a principal característica do comércio digital, que é a inexistência física em grande parte das comercializações.

O conceito de estabelecimento permanente (estável), previsto no art. 5º da Convenção Modelo da OCDE, permaneceu inalterado por mais de 50 anos, até que a interpretação evoluiu ao longo do tempo a ponto de a Ação 7 do BEPS modificar algumas concepções obsoletas do referido art. 5º. A Ação surgiu para remodelar, de acordo com a evolução da economia digital, o conceito do antigo estabelecimento permanente, e assim tentar evitar o uso de certas artimanhas utilizadas pelos grandes conglomerados para contornar sua existência, erodindo a base tributária do país onde ocorre o comércio digital.²⁰

Como exemplo da utilização do planejamento fiscal agressivo utilizado por grandes conglomerados, capaz de gerar a concorrência fiscal, é possível observar a criação pelo grupo empresarial Alphabet Inc., no ano de 2015, que tem como maior empresa do grupo a *bigtech* Google. O grupo teve, em 2018, um lucro de 136,22 bilhões de dólares, dos quais sua grande maioria diz respeito às receitas advindas da publicidade (*Google Ads* (motor de busca e algoritmo), do *Google AdSense* e *Google AdMob*).

Nesse cenário, a Google EUA licencia seus direitos de propriedade para a *Google Irland Holdings*, que se encontra sediada nas Bermudas e sublicencia o direito de propriedade intelectual à *Google Irland Limited*. Em continuidade à estrutura planejada, as filiais da Google fora dos EUA transferem o lucro para a *Google Irland Limited*, que, conseqüentemente, paga royalties para a *Google Netherlands Holding BV* (beneficiária da isenção concedida pela Diretiva 2003/49/CE). Finalizando a operação, o valor é transferido mediante pagamento de royalties para a *Google Irland Holdings* da Irlanda, que é sediada nas Bermudas (sem empregado e sem presença física), o que significa 0% de tributação.

Também como estratégia artificial para evitar a constituição de um estabelecimento permanente, eram realizados acordos por meio dos quais a pessoa vende produtos em um

¹⁹ PIRES FILHO, Jorge José Roque. Os desafios da tributação na economia digital. 2017. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

²⁰ BEZ-BATTI, Gabriel. O conceito de estabelecimento permanente no direito brasileiro e os novos paradigmas trazidos pela ação 7 do BEPS OCDE/G20. Revista Direito Tributário Internacional Atual. RDI Atual, n. 4, 2018.

Estado em seu próprio nome.

Para enfrentar essa artimanha, a Ação 7 do BEPS também propõe que os comissários podem constituir estabelecimento permanente nos casos em que atuem exclusivamente para a empresa estrangeira ou suas relacionadas, o que descaracterizaria sua atividade como independente.²¹

No atual estágio da economia digital, as atividades anteriormente consideradas preparatórias ou auxiliares relativamente às exceções contidas na no art. 5º (4) da Convenção Modelo da OCDE, podem corresponder atualmente às atividades principais.

Com isso é que se propõe, como uma das soluções para a tributação da economia digital, um novo conceito de estabelecimento estável (permanente) virtual, por meio da Ação 7 do Projeto BEPS da OCDE, para “Prevenir que se evite artificialmente o reconhecimento de Estabelecimento Estável”, redefinindo o critério da presença física como determinante para estabelecer conexão territorial e a consequente atração da base tributável.

5. Soluções Propostas no Âmbito da OCDE e na União Europeia para a Tributação na Economia Digital

A Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico publicou, em 2015, um plano de ações sobre a Erosão da Base e a Transferência de Lucros (*Base Erosion and Profit Shifting Project* – BEPS), no qual foram relatadas as ações para o enfrentamento dos atuais desafios fiscais originados pela economia digital.

Da mesma forma, a União Europeia vem se empenhando para enfrentar os desafios ocasionados pela economia digital a fim de evitar a evasão fiscal, implementado plano de ação com diversas medidas necessárias ao combate da fraude fiscal por parte das empresas, que, muitas vezes, estruturam-se na tentativa de burlar o sistema tributário.

Em outubro de 2013, a União Europeia criou grupo de peritos para dar atenção especial à fiscalidade da economia digital. O antigo Ministro de Finanças português, Vítor Gaspar, sublinhou que *a era digital proporciona oportunidades excelentes para empresários e para as pessoas em geral. Ao mesmo tempo, gera desafios e oportunidades para os sistemas fiscais e para as administrações tributárias, que terão de se adaptar às novas realidades.*²²

Cabe destacar que, em regra, para o TJUE (Tribunal de Justiça da União Europeia), o planejamento fiscal é ilícito quando os expedientes são puramente artificiais. Ou seja, o

²¹ PIRES FILHO, Jorge José Roque. Os desafios da tributação na economia digital. 2017. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

²² COMISSÃO EUROPEIA. Fiscalidade da economia digital: Grupo de peritos de alto nível apresenta relatório final. Bruxelas, 28 maio 2014. (Comunicado de Imprensa).

planeamento fiscal é, em princípio, um ato lícito, sendo necessário verificar se este é ou não abusivo, visto que, para tal, existirá uma avaliação casuística, com o intuito de apurar a substância econômica do ato.

Note-se ainda que, de acordo com o artigo 3º, alínea “a”, do Decreto-Lei n.º 29/2008 de 25 de fevereiro, considera-se planeamento fiscal [...] *qualquer esquema ou atuação que determine, ou se espere que determine, de modo exclusivo ou predominante a obtenção de uma vantagem fiscal por sujeito passivo de imposto*, sendo que o planeamento fiscal não é uma prática exclusiva da era atual. Contudo, devido às condições favoráveis proporcionadas pela economia digital, essa prática vem se intensificando.²³

Com isso, e visando combater a evasão fiscal por meio de planeamento fiscal ilegítimo, tanto a OCDE quanto a União Europeia vêm implementando plano de ações que buscam sistematizar a nova era da tributação na economia digital.

6. OCDE – Sistema BEPS

A Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico é composta atualmente por 38 países, que representam 80% do comércio mundial e investimentos²⁴, o que demonstra seu potencial econômico e a necessidade de globalização da política fiscal nas relações comerciais.

O ano de 2013 foi de extrema importância para a OCDE em decorrência da aprovação do Projeto do BEPS, composto por 15 ações distintas que têm como finalidade dar respostas às lacunas e desencontros no sistema tributário internacional que facilitem a transferência de lucros das empresas multinacionais para jurisdições onde a atividade econômica não foi realizada, impedindo a tributação no Estado fonte.²⁵

Todas as ações propostas são pertinentes, mas as que interessam ao objeto deste estudo são basicamente as Ações 1 e 7 do BEPS, sendo que a Ação 1 aborda os desafios fiscais da economia digital – *Address the tax challenges of the digital economy* – e a Ação 7 estabelece medidas que neguem às empresas evitar uma presença física num estado – *Prevent the artificial avoidance of PE status*. Ou seja, a Ação 7 busca redefinir o conceito de estabelecimento permanente (estável).

A proposta do BEPS para a modificação e estruturação do conceito de estabelecimento

²³ FURTADO, Raquel. A tributação direta na era da economia digital. 2019. 145 f. Dissertação (Mestrado em Fiscalidade) – Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa. Lisboa, 2019. p. 34.

²⁴ SOUSA, Rafaela. OCDE. Mundo Educação, [n.d]. Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/ocde.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2020.

²⁵ FURTADO, Raquel. A tributação direta na era da economia digital. 2019. 145 f. Dissertação (Mestrado em Fiscalidade) – Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa. Lisboa, 2019. p. 38.

estável prevê que as atividades desenvolvidas de forma desmaterializada, o que engloba as nuances da economia digital, deixem de ser feitas com base no critério tradicional, que seria a antiga presença física, e passam a ser realizadas com a presença digital significativa num mercado específico.

Também como proposta consta a modificação das exceções previstas no art. 5º da Convenção Modelo da OCDE²⁶, em que as atividades eram consideradas como preparatórias ou auxiliares à atividade principal e, com a implementação da economia digital, passaram a fazer parte do núcleo negocial das funções de determinadas empresas.

Na Ação 7, o relatório propõe expandir o teste para identificar também os “agentes independentes”, e, como já descrito acima, restringir as regras que isentam o tratamento quando executado por comissários, conforme previsto no n.º 6 do art. 5º da Convenção Modelo da OCDE.²⁷

Tais alterações são medidas a serem implementadas com a intenção de combater a erosão de bases tributárias por meio de planeamento ilícito. Porém, como crítica ao relatório publicado do Projeto BEPS, alguns especialistas entendem que a existência de um conceito de estabelecimento permanente virtual, com base em critérios como limites de vendas digitais realizadas em um determinado país, tornaria mais completo o projeto.²⁸

7. A União Europeia e a proposta da comissão para tributação na economia digital

Com a finalidade de garantir que as atividades econômicas digitais sejam tributadas de uma forma justa, a Comissão Europeia se reuniu em março de 2018 para estabelecer padrões e regras de tributação, que se encontram desatualizados diante da realidade da economia digital.

A Comissão propôs duas alternativas, sendo uma em longo prazo (tributação direta) e

²⁶ 4. Não obstante as disposições anteriores deste artigo, a expressão “estabelecimento estável” não compreende: a) As instalações utilizadas unicamente para armazenar, expor ou entregar mercadorias pertencentes à empresa; b) Um depósito de mercadorias pertencentes à empresa, mantido unicamente para armazenar, expor ou entregar; c) Um depósito de mercadorias pertencentes à empresa, mantido unicamente para serem transformadas por outra empresa; d) Uma instalação fixa, mantida unicamente para comprar mercadorias ou reunir informações para a empresa; e) Uma instalação fixa, mantida unicamente para exercer, para a empresa, qualquer outra atividade de carácter preparatório ou auxiliar; f) Uma instalação fixa, mantida unicamente para o exercício de qualquer combinação das atividades referidas nas alíneas a) a e), desde que a atividade de conjunto da instalação fixa desta combinação seja de carácter preparatório ou auxiliar.

²⁷ 6. Não se considera que uma empresa tem um “estabelecimento estável” num Estado contratante pelo simples facto de exercer a sua atividade nesse Estado por intermédio de um corretor, de um comissário-geral ou de qualquer outro agente independente, desde que essa pessoa atue no âmbito normal da sua atividade.

²⁸ HALLERSTEIN, Walter. Jurisdiction to tax in the digital economy: permanent and other establishments. *Bulletin for International Taxation*, p. 348, July/June 2014 *apud* BEZ-BATTI, Gabriel. O conceito de estabelecimento permanente no direito brasileiro e os novos paradigmas trazidos pela ação 7 do BEPS OCDE/G20. RDI Atual, n. 4, 2018.

outra em curto prazo (tributação indireta). A primeira proposta nada mais é do que a reforma das regras tributárias com a intenção de que os lucros das empresas sejam tributados na jurisdição onde detêm uma interação significativa com os usuários, por meio de canais digitais. Nessa condição, a empresa terá uma presença digital significativa quando preencher um dos parâmetros estabelecidos na proposta, independentemente da presença física no local, quais sejam: (i) A proporção das receitas totais obtidas nesse período de tributação e resultantes da prestação desses serviços digitais a utilizadores situados nesse Estado-Membro no mesmo período de tributação seja superior a 7 000 000 EUR; (ii) O número de utilizadores de um ou mais desses serviços digitais que se situem nesse Estado-Membro nesse período fiscal seja superior a 100 000; (iii) O número de contratos comerciais de prestação de tais serviços digitais que sejam celebrados nesse período fiscal por utilizadores situados nesse Estado-Membro seja superior a 3 000.²⁹

Perante essa proposta se materializa um novo conceito e estabelecimento estável, aproximando-se da ideia da OCDE, visto que as empresas que alcançarem os limites estipulados na COM 147 (2018) ficariam conseqüentemente sujeitas ao imposto, independentemente da presença física na jurisdição.

A proposta apresentada pela COM 148 (2018) prevê a possibilidade de criação de imposto de natureza provisória aplicável a determinadas empresas digitais que obtenham receitas a partir das vendas de espaços publicitários on-line; através de atividades intermediárias digitais que permitam aos utilizadores interagir com outros utilizadores, facilitando a vendas de bens e serviços entre eles; e, por último, será aplicável a receitas de venda de dados gerados através de informações fornecidas pelos utilizadores.³⁰

Para fins de incidência do referido imposto de caráter provisório, ou nominado de ISD (imposto sobre os serviços digitais), as atividades devem preencher cumulativamente as seguintes condições: (i) o montante total das receitas mundiais comunicadas pela entidade para o exercício em causa é superior a 750 000 000 EUR; (ii) o montante total das receitas tributáveis obtidas pela entidade na União durante o exercício em causa é superior a 50 000 000 EUR³¹.

Embora em discussão o assunto pelo parlamento da EU alguns países-membros tomaram medidas unilaterais no combate provisório aos desafios da tributação decorrentes da economia digital, como é o caso da França, por exemplo, que concretizou, em 2019, um

²⁹ Art. 4º, nº 3 da proposta da COM 147 (2018).

³⁰ FURTADO, Raquel. A tributação direta na era da economia digital. 2019. 145 f. Dissertação (Mestrado em Fiscalidade) – Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa. Lisboa, 2019. p. 56.

³¹ Art. 4º, nº 1 da proposta da COM 148 (2018).

imposto para tributar GAFA (*Google, Amazon, Facebook, Apple*). Da mesma forma, o Reino Unido implementou o DST (*Digital Services Tax*), que tem como objetivo garantir que as empresas digitais paguem impostos.

8. Considerações Finais

Os desenvolvimentos tecnológicos e os novos modelos de negócio na economia digital vêm impactando veementemente na concorrência fiscal, facilitando sobremaneira a erosão das bases tributárias.

Na realidade atual, o modelo existente já não se mostra suficiente para impedir a concorrência fiscal e resguardar a evasão de grandes conglomerados da economia digital, que estruturam sua comercialização com base no conceito ultrapassado de estabelecimento permanente visando erodir as bases tributárias.

Em que pese amplas tentativas de modificações, mesmo em um período pós-BEPS, é possível constatar que o local físico ainda é o ponto mais acentuado para garantir a tributação do Estado fonte, principalmente pela ausência de um conceito de estabelecimento permanente virtual estipulado com base em critérios como limite de vendas digitais realizadas em um determinado país ou limites de dados coletados dos usuários desses serviços para que um estabelecimento estável seja caracterizado.

A União Europeia, por sua vez, parece andar em um caminho mais em curto prazo para a implementação, mesmo que de forma provisória, de imposto único sobre serviços digitais, sendo que, em alguns casos, de forma unilateral pelos países-membros.

De qualquer forma, tanto a OCDE quanto a União Europeia acreditam que as ações conjuntas podem proporcionar respostas globais aos desafios apresentados pela economia digital.

Referências

AGUILAR VIANA, Ana Cristina, FERREIRA DE MIRANDA, Carolina. Perfil algorítmico e discriminação digital: uma leitura a partir das normas europeias e brasileiras. In: WACHOWSKI, Marcos. Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do direito comparado. Curitiba: Gedai/UFPR, 2020. p. 441-504. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2020/11/Protecao-de-dados-pessoais-em-perspectiva_ebook.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2020.

CARBONAR, Alberto. Crise na OCDE: tributação digital e guerras comerciais. JOTA, 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/crise-na-ocde-tributacao-digital-e-guerras-comerciais-10072020>>. Acesso em: 03 jul. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. Fiscalidade da economia digital: Grupo de peritos de alto nível apresenta relatório final. Bruxelas, 28 maio 2014. (Comunicado de Imprensa).

DUARTE FILHO, Paulo César Teixeira. Acordos para evitar a dupla tributação – considerações sobre as políticas brasileiras. In: SAUNDERS, Ana Paula et al. (Orgs.). Estudos de Tributação Internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FURTADO, Raquel. A tributação direta na era da economia digital. 2019. 145 f. Dissertação (Mestrado em Fiscalidade) – Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa, Lisboa, 2019.

KARAIAN, Jason. The four largest tech companies are now worth more than \$4 trillion. QUARTZ, 2019. Disponível em: <<https://qz.com/1777889/apple-microsoft-amazon-alphabet-now-worth-combined-4-trillion/>>. Acesso em: 03 jul. 2021.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Action 1. Tax Challenges Arising from Digitalisation. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action1/#d.en.521630>>. Acesso em: 01 jul. 2021

PARLAMENTO EUROPEU. Fichas temáticas sobre a União Europeia. 2021. Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/43/a-ubiquidade-do-mercado-unico-digital>>. Acesso em: 01 jul. 2021

PIRES, Manuel. International juridical double taxation of income. Deventer: Kluwer, 1989, p. 260 apud ROCHA, Sérgio Andre. *Acesso do Brasil à OCDE e a política fiscal internacional brasileira*. Instituto de Pesquisa Econômica Avançada (IPEA).

PIRES FILHO, Jorge José Roque. Os desafios da tributação na economia digital. 2017. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. Coimbra, 2017.

SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SHOUERI, Luís Eduardo. Imposto de Renda e o Comércio Eletrônico. In: Internet. O direito na Era Virtual. Luís Eduardo Schoueri (org.). 2a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001 apud FILHO PIRES, Jorge José Roque. *Os desafios da tributação na economia digital*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. Coimbra, 2017.

SOUSA, Rafaela. OCDE. Mundo Educação, [n.d]. Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/ocde.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). Global E-Commerce Jumps to \$26.7 Trillion, Covid-19 Boosts Online Retail Sales, UNCTAD/PRESS/PR/2021/009, apr. 2020. Disponível em: <<https://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=2345>>. Acesso em: 03 jul. 2021.

Online Dispute Resolutions Platforms (ODRs): Plataformas On-Line Brasileiras de Resolução de Disputas Em Matéria de Direito Internacional de Consumo

Vera Lúcia Viegas-Liquidato¹

Sumário: 1. Considerações Iniciais; 2. Consumidor on-line: incremento da vulnerabilidade; 3. Jurisdição em matéria de contratos internacionais de Consumo; 3.1. Juízo competente e direito aplicável; 3.2. Consumidor e acesso à justiça; 4. Mecanismos on-line de solução de disputas em matéria de consumo; 4.1 Guia Prático da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado de acesso à justiça aos turistas e visitantes internacionais; 4.2. Plataformas brasileiras; 4.2.1 Consumidor.gov.br; 4.2.1.1 Acessibilidade; 4.2.1.2 Do procedimento no consumidor.gov.br; 4.2.2 Reclame Aqui; 4.2.2.1 Acessibilidade no Reclame Aqui; 4.2.2.2 Do procedimento no Reclame Aqui. Considerações Finais. Referências.

Resumo

O fenômeno da contratação eletrônica é uma constante cada vez em maior crescimento e oferece desafios ao direito internacional privado (DIPr), quais sejam, a determinação do local da formação do contrato, do direito aplicável a contratos celebrados de forma eletrônica, como resolver as disputas daí decorrentes, dentre outros. O comércio on-line enseja uma série de contentas que exigem mecanismos mais ágeis e menos custosos de solução de disputas e acessíveis ao consumidor.

Este artigo centrar-se-á no escrutínio de plataformas brasileiras “consumidor.gov.br” e “Reclame Aqui”, considerando o panorama encontrado no Guia Prático da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado “Access to Justice for International Tourists and Visitors”.²

A metodologia utilizada foi a dedutiva, partindo do levantamento bibliográfico e normativo (*lege lata* e documento de *soft law*) e material oficial de organismos internacionais e nacionais, disponibilizados on-line, ou seja, análise da doutrina, legislação e do estudo do Guia Prático “Acesso à Justiça dos Turistas e Visitantes Internacionais” da Conferência da Haia de DIPr.

Palavras-Chave: Direito Internacional Privado; contratos internacionais digitais consumeristas; resolução de disputas on-line; Consumidor.gov.br; “Reclame Aqui”

Abstract

The phenomenon of electronic contracting is a constant even more increasing and it offers challenges to the Private International Law (PIL), which are, the determination of the place of the formation of the contract, applicable law to the electronic contracts,

¹ Pós-doutorado pela Universidade de Bolonha (2021). Aperfeiçoamento em Direito Internacional Humanitário pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Especialista em Direito da Integração pela Università Tor Vergata (Roma). Doutora em Direito Internacional e Graduada pela Faculdade de Direito da USP (tese escrita na Universidad de Granada - Espanha). Consultora da Clínica International Humanitarian Law da UFRGS e pesquisadora do CEISAL (Conselho Europeu de Pesquisa em Ciências Sociais para a América Latina). Membro da ASADIP, ABDI, SLADI e do IBDIPr. Professora da pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas), da Faculdade de Direito da USP (Campus Ribeirão Preto) e do doutorado da Universidade Nacional de Mar del Plata. E-mail: viegasliquidato@gmail.com. Link para acesso ao curriculum lattes: <http://lattes.cnpq.br/0981437458828867>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0458-7016>.

² Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. *Practical Guide: Access to Justice for International Tourists and Visitors*, disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/d4f490af-bb84-4510-804d-703db3ae5592.pdf>.

how to solve disputes, among others. The e-commerce generates problems that demand faster and cheaper mechanisms to the dispute solutions, accessible to the consumer.

This article focuses on the analysis of the Brazilian's platforms "consumidor.gov.br" and "Reclame Aqui", considering an overview found on the "Practical Guide: Access to Justice for International Tourists and Visitors".

The methodology was the deductive, starting from the bibliographic and legislative survey (*lege lata* and soft law document) and official material of the international and national organisms, disposable on-line, that means, analyses of the doctrine, legislation, and the study of the Practical Guide of The Haya Conference of International Private Law.

Keywords: Private International Law; consumerist digital international contracts; ODR – Online Dispute Resolutions; Consumidor.gov.br; "Reclame Aqui".

Introdução

Este estudo é decorrência de palestra proferida no VI Congresso Internacional sobre Direito, Governança e Inovação (VI CIDIGIN) junto à Universidad Rey Juan Carlos, levado a cabo em Madri, de 13 a 15 de julho de 2023.

Por corresponder ao texto escrito de uma palestra, apresenta as limitações de espaço e tempo para o desenvolvimento do tema.

Enquadra-se na área temática nº 12 "Novas Tecnologias no Direito Civil, Empresarial e de Negócios" e centrar-se-á na análise de plataformas brasileiras "consumidor.gov.br" e "Reclame Aqui", levando em conta, conforme já mencionado no "Resumo", o panorama disponível no Guia Prático da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado "Access to Justice for International Tourists and Visitors".³

1. Considerações Iniciais.

Este estudo é decorrência de palestra proferida no VI Congresso Internacional sobre Direito, Governança e Inovação (VI CIDIGIN) junto à Universidad Rey Juan Carlos, levado a cabo em Madri, de 13 a 15 de julho de 2023.

Por corresponder ao texto escrito de uma palestra, apresenta as limitações de espaço e tempo para o desenvolvimento do tema.

2. Consumidor On-line: Incremento da Vulnerabilidade

A assim chamada sociedade da informação tem apresentado características que mudaram a percepção e presença do ser humano no mundo. Evidencia-se cada vez mais o

³ A já citada Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. *Practical Guide: Access to Justice for International Tourists and Visitors*, disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/d4f490af-bb84-4510-804d-703db3ae5592.pdf>. Acesso em 15 ago. 2023.

movimento do *always-on, always recording, readily accessible*. Essa realidade trouxe mudanças significativas nos modos de contratação.

O fenômeno dos contratos celebrados eletronicamente⁴, por meio de adesão em bloco às cláusulas gerais do proponente, gera um incremento da vulnerabilidade do consumidor que se apresenta cada vez mais frágil nessa era da tecnologia, gerando o fenômeno da hipervulnerabilidade.⁵

Berge se refere a esses novos cenários de contratação, como espaços desterritorializados: contratos que se formam nas “dadosesferas”, “dataesferas”.⁶

Esses contratos on-line geram inúmeros desafios ao Direito Internacional Privado (DIPr), tão fincado nos conceitos clássicos de território, tanto em seus critérios de determinação de jurisdição, quanto de direito aplicável e, também, modos de solução de controvérsias.

O mundo apresenta cada vez mais fronteiras tênues, fazendo com que o consumidor alcance produtos advindos dos “quatro cantos do mundo” o que gera inúmeros óbices de acesso à justiça, demandando novas formas de resolução de disputas.

Este trabalho visa analisar os ODR – *online dispute resolution* – especificamente no Brasil.⁷

3. Jurisdição em Matéria de Contratos Internacionais de Consumo

É mister alertar-se para o fato de que não há que se confundir jurisdição com direito aplicável.

Por jurisdição quer-se entender qual o juízo (de que país) tem jurisdição (*juris dictio*, ou seja, dizer o direito, julgar) para uma certa relação jurídica plurilocalizada (aquela em

⁴ Para dados quanto ao percentual da população mundial com acesso à internet, veja-se VELÁZQUEZ GARDETA, Juan Manuel. *La protección al consumidor online en el Derecho Internacional Privado Interamericano: análisis sistemático de las propuestas presentadas para la CIDIP VII*. Asunción: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), 2009, p. 41 e ss. Já quanto a percentuais de consumidores on-line, veja-se VELÁZQUEZ GARDETA, Juan Manuel. *La protección al consumidor online en el Derecho Internacional Privado Interamericano* cit., p. 46, nota 15.

⁵ *Vide*, a respeito, BAROCELLI, Sergio Sebastián (coord.). *Consumidores Hipervulnerables*. Buenos Aires: El Derecho, 2018, em especial o capítulo 1, de autoria de Sergio Sebastián Barocelli “Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables” (p. 9-32).

⁶ BERGER, Jean-Sylvestre. Direito e Circulação de dados na Internet: apelo por uma dupla renovação das abordagens. In DE LUCCA, Newton et. al. (coords.) *Direito & Internet IV: sistema de proteção de dados pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 611-627, especialmente p. 611-612.

⁷ Para outras plataformas on-line de resolução de disputas, como por exemplo a da União Europeia (UE) veja-se UNIÃO EUROPEIA. Resolução de litígios em linha. Disponível em <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home.chooseLanguage>. Acesso em 15 ago. 2023.

contato com duas ou mais ordens jurídicas distintas) e por direito aplicável depreende-se que, uma vez já determinado o juízo, qual direito (material)⁸ esse juiz aplicará para resolver o caso.

As regras acerca da jurisdição são disciplinadas em fontes internacionais (como convenções internacionais) e por meio da legislação processual de cada Estado. Já as normas de determinação de escolha do direito aplicável dão-se igualmente por meio de fontes internacionais, bem como o sistema nacional de direito internacional privado do Estado com jurisdição para o caso.

No Brasil a jurisdição em matéria de consumo está disciplinada no Artigo 22, II do Código de Processo Civil brasileiro (CPC)⁹. Trata-se de jurisdição relativa (tanto o Brasil quanto os demais Estados envolvidos na relação jurídica plurilocalizada têm jurisdição sobre o caso).

Por fim, quanto à possibilidade ou não de se resolver uma contenda transnacional consumerista por meio da arbitragem, há que se ter em conta o disciplinado no Código de Defesa do Consumidor (CDC) brasileiro (Artigo 51, VII) que determina tratar-se a cláusula arbitral compromissória¹⁰ nos contratos consumeristas uma cláusula abusiva, nos seguintes termos:

SEÇÃO II - Das Cláusulas Abusivas

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...) VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem.

A Lei de Arbitragem brasileira, por sua vez, no seu Art. 4º, § 2º determina que para que a cláusula arbitral compromissória seja eficaz nos contratos por adesão, a iniciativa de instituir a arbitragem precisa ter sido do aderente e se isso não ocorreu, ter o aderente anuído expressamente a sua instituição, por escrito em documento anexo ou com destaque em negrito, “com assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.¹¹

4. Mecanismos On-line de Solução de Disputas em Matéria de Consumo

⁸ A respeito do direito aplicável aos contratos comerciais internacionais (B2B: *Business to Business*, ou seja, empresa x empresa), veja-se COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*. Washington: OEA, 2019 (disponível física e eletronicamente).

⁹ Nos seguintes termos: “Art. 22. Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações: (...) II - decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil”.

¹⁰ Cláusula muito comum nos contratos B2B, por meio da qual as partes avençam que toda e qualquer controvérsia que por ventura vier a resultar do contrato, será dirimida pela arbitragem.

¹¹ Nos seguintes termos: Lei 9.307/1996: “Art. 4º, § 2.º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.” Isso se aplica especialmente para os contratos B2C, desde que sejam contratos por adesão.

O Guia Prático da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (já *supra* referenciado)¹² oferece uma série de definições relevantes.¹³

Por litígio entende-se o processo de resolução de disputas por meio do poder judiciário, resultando numa decisão vinculante.

Já por arbitragem deve-se entender o processo pelo qual as partes concordam em encaminhar uma disputa para uma terceira (s) pessoa(s) – o(s) árbitro(s) – para obter uma decisão final e vinculativa.

Mediação seria o procedimento pelo qual as partes pretendem alcançar uma solução amigável para a disputa por meio da assistência de uma terceira pessoa ou pessoas - o mediador (es) – sem autoridade para impor uma solução às partes.

“*Online dispute resolution – ODR*”, ou seja, resolução on-line de disputas, por sua vez, é um mecanismo para resolver disputas pela utilização de comunicações eletrônicas e outra informação e comunicação tecnológica.

Por fim, “*Alternative dispute resolution (ADR)*” ou seja, resolução alternativa de disputa é um processo de resolução de disputas por outros meios que não o contencioso.

4.1 Guia Prático da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado de Acesso à Justiça aos Turistas e Visitantes Internacionais

Esse Guia Prático tem por finalidade oferecer aos turistas e visitantes internacionais, numa linguagem acessível, informações importantes sobre como resolver disputas por meios outros que não o contencioso, facilitando o acesso à justiça, celeridade, baixos custos, etc.

Analisa com profundidade plataformas on-line de solução de disputas de diversas regiões do mundo, tanto nacionais quanto de organizações internacionais, como a União Europeia.¹⁴

4.2. Plataformas Brasileiras

Este tópico destina-se a explicar acerca das plataformas brasileira de resolução de disputas “Consumidor.gov.br” e “Reclame Aqui”, oferecendo informações sobre um

¹² As informações abaixo acerca das definições e da descrição das plataformas são tradução livre do material contido em inglês desse Guia prático, já *supra* referenciado (Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. *Practical Guide: Access to Justice for International Tourists and Visitors*, disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/d4f490af-bb84-4510-804d-703db3ae5592.pdf>. Acesso em 15 ago. 2023).

¹³ Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. *Practical Guide: Access to Justice for International Tourists and Visitors* ... p. 7-8.

¹⁴ Para todas as plataformas contempladas pelo Guia, veja-se Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. *Practical Guide: Access to Justice for International Tourists and Visitors* ... p. 3-4.

panorama geral da plataforma, critérios para sua utilização, acessibilidade, o procedimento, questões legais e execução da decisão.

4.2.1 Consumidor.gov.br

A plataforma consumidor.gov.br¹⁵ auxilia os consumidores a resolverem reclamações sobre bens ou serviços adquiridos de fornecedores registrados no Brasil.

É financiada e mantida pela Secretaria do Consumidor do Ministério da Justiça (SENACON). Tem sua base legal no Decreto nº 8.573 de 19/11/2005.

Tal plataforma pode ser usada por qualquer consumidor com reclamação contra fornecedor registrado no consumidor.gov.br.

O reclamante precisa ser um consumidor residente no Brasil e o fornecedor, estabelecido no Brasil.¹⁶

As reclamações precisam ser relacionadas com a venda e uso dos bens ou serviços.

Não há valor mínimo ou máximo ou outro critério limitador para registrar uma reclamação.

4.2.1.1 Acessibilidade

A plataforma está acessível pelo seu website, e disponível em português e também acessível em libras (linguagem brasileira de sinais).

Não há custo algum para o consumidor registrar-se e usar a plataforma.

A reclamação transcorre por meio de troca de mensagens e documentos na plataforma.

Os consumidores podem monitorar o desempenho dos fornecedores registrados usando indicadores como o número de reclamações resolvidas e finalizadas por esses fornecedores, porcentagem de resoluções, insatisfação dos consumidores com o serviço, média de tempo de resposta e porcentagem de respostas.

4.2.1.2 Do procedimento no consumidor.gov.br

O consumidor deve se registrar no site usando seu CPF (Cadastro de Pessoas Físicas), senha e e-mail. Uma vez registrado, o consumidor deve submeter a reclamação contra um fornecedor registrado, conforme visto *supra*.

O fornecedor tem até dez dias para revisar e responder à reclamação.

¹⁵ Disponível em: <https://consumidor.gov.br/pages/principal/?1681847739810>, Acesso em: 15 ago. 2023.

¹⁶ A lista de fornecedores estabelecidos no Brasil com registro na plataforma consumidor.gov.br pode ser encontrada em: <https://consumidor.gov.br/pages/principal/empresas-participantes>. Acesso em 15 ago. 2023.

Ato contínuo, o consumidor terá até vinte dias para considerar a resposta do fornecedor. O consumidor poderá marcar a reclamação como “resolvida” ou “não resolvida” e reportar sua satisfação e o nível do serviço. Após isso, o problema é marcado como “finalizado” e é encerrado.

O sistema não permite mais do que uma reclamação para a mesma questão contra o mesmo fornecedor. Se há novos fatos, podem ser descritos na seção “Descrição da Reclamação” na reclamação original.

Se nenhuma solução é alcançada, os consumidores são encorajados a usar outra ferramenta de solução de disputas.

Usuários do consumidor.gov.br são regidos pelo termo de uso do site¹⁷ e os fornecedores participantes são regidos pelo “Termo de Adesão e Compromisso dos Fornecedores”.¹⁸

Quanto à eficácia, embora a adesão à plataforma pelas empresas seja voluntária, exceto em certos casos para os quais é mandatória, consumidores e fornecedores tentam chegar a um acordo e o resultado é vinculante entre as partes.

As reclamações são monitoradas coletivamente por órgãos do SENACON num esforço de melhorar as políticas de proteção ao consumidor.

4.2.2 Reclame Aqui

“Reclame Aqui” auxilia consumidores a resolver reclamações sobre bens e serviços adquiridos de fornecedores registrados no Brasil.

A plataforma¹⁹ é patrocinada, mantida e financiada por “Reclame Aqui”. Pode ser utilizada por qualquer consumidor com uma reclamação contra um fornecedor registrado no “Reclame Aqui”²⁰ e deve ser entre um consumidor residente no Brasil e um fornecedor estabelecido no Brasil. Os consumidores podem solicitar o registro de um fornecedor.

As reclamações precisam estar relacionadas a uma venda ou uso de produtos ou serviços. Não há mínimo nem máximo de valor ou outra limitação para registrar uma reclamação.

4.2.2.1 Acessibilidade no Reclame Aqui

¹⁷ Disponível em: <https://consumidor.gov.br/pages/conteudo/publico/7>. Acesso em 15 ago. 2023.

¹⁸ Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/termo-adesao-compromisso>. Acesso em 15 ago. 2023.

¹⁹ Disponível em: <https://www.reclameaqui.com.br/>. Acesso em 15 ago. 2023.

²⁰ A lista das empresas registradas pode ser obtida em: <https://www.reclameaqui.com.br/reclamar/>. Acesso em 15 ago. 2023.

“Reclame Aqui” é acessado e usado por meio de um website. A plataforma está disponível em língua portuguesa.

Não há custo para o consumidor se registrar ou usar a plataforma.

A reclamação é administrada por meio de uma troca de mensagens e documentos na plataforma. O consumidor pode também submeter uma reclamação à plataforma por meio de WhatsApp.

Algumas reclamações podem ser objeto de edição se infringirem os Termos de Uso.

4.2.2.2 Do procedimento no Reclame Aqui.

Um consumidor se registra no site usando seu CPF, senha, e-mail, número de telefone e outros dados pessoais. Uma vez registrado, o consumidor pode submeter uma reclamação contra um fornecedor registrado.

Em alguns casos a plataforma permite à família ou amigos fazerem uma reclamação em nome do consumidor, se este estiver ciente disso. Nesse caso, o fornecedor pode contatar a pessoa que fez a reclamação e identificar o consumidor que está sendo representado na reclamação.

O fornecedor recebe uma notificação da reclamação e lhe é dada uma oportunidade para providenciar uma resposta pública.

O consumidor pode submeter uma avaliação após receber a resposta. Se ele não recebe a resposta, o consumidor pode submeter uma avaliação após três dias para fornecedores com resposta para menos de 50% das reclamações ou após 30 dias para fornecedores com resposta para mais de 50% das reclamações.

As avaliações são acessíveis publicamente e incorporadas à seção de reputação da empresa no website.

Um consumidor pode solicitar a retirada de sua reclamação da plataforma e ela será desativada em 24 horas.

Os usuários do Reclame Aqui estão cobertos pelos seus Termos e Condições de Uso.²¹

Quanto à execução, o resultado não é vinculante e não há qualquer outra política particular de execução.

Considerações Finais

²¹ Disponíveis em: <https://www.reclameaqui.com.br/termos-de-uso/>

Como síntese das considerações finais pode-se dizer que a globalização gerou novas formas de contratação e a era da tecnologia aumentou a vulnerabilidade do consumidor trazendo obstáculos ao acesso à justiça, por vezes intransponíveis, o que fez com que surgissem modos on-line de resolução de disputas, vias que visam a transposição do óbice de acesso ao vendedor/fornecedor e barateamento de custos, o que justificam o estudo dessas plataformas on-line.

O Brasil oferece plataformas que permitem não apenas resolver contendas entre consumidor e fornecedor, como também o monitoramento do desempenho dos fornecedores pelos demais consumidores, o que é um excelente referencial antes da efetivação da compra de um produto ou contratação de um serviço.

Essas plataformas on-line de resolução de disputas oferecem inúmeras vantagens, tais como, em alguns casos, custo zero, acesso à justiça, agilidade, ... mas também apresentam inconvenientes quando se trata de um estrangeiro visitante no Brasil, pois para se registrarem, por vezes, é exigido o CPF e residência no Brasil, o que inviabiliza o procedimento.

Referências

BAROCELLI, Sergio Sebastián (coord.). *Consumidores Hipervulnerables*. Buenos Aires: El Derecho, 2018.

BAROCELLI, Sergio Sebastián. Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables. In BAROCELLI, Sergio Sebastián (coord.). *Consumidores Hipervulnerables*. Buenos Aires: El Derecho, 2018, p. 9-32.

BERGER, Jean-Sylvestre. Direito e Circulação de dados na Internet: apelo por uma dupla renovação das abordagens. In DE LUCCA, Newton et. al. (coords.) *Direito & Internet IV: sistema de proteção de dados pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 611-627.

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas. Washington: OEA, 2019 (disponível física e eletronicamente).

Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. *Practical Guide: Access to Justice for International Tourists and Visitors*. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/d4f490af-bb84-4510-804d-703db3ae5592.pdf>. Acesso em 15 ago. 2023.

CONSUMIDOR.GOV.BR. Plataforma on-line. Disponível em: https://consumidor.gov.br/pages/principal/?1681847739810_ Acesso em 15 ago. 2023.

CONSUMIDOR.GOV.BR. Lista de Fornecedores. Disponível em: <https://consumidor.gov.br/pages/principal/empresas-participantes>. Acesso em 15 ago. 2023.

CONSUMIDOR.GOV.BR. Termo de Uso. Disponível em <https://consumidor.gov.br/pages/conteudo/publico/7>. Acesso em 15 ago. 2023.

CONSUMIDOR.GOV.BR. Termo de Adesão e Compromisso dos Fornecedores. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/termo-adesao-compromisso>. Acesso em 15 ago. 2023.

DE LUCCA, Newton et. al. (coords.) *Direito & Internet IV: sistema de proteção de dados pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Resolução de litígios em linha. Disponível em <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home.chooseLanguage>. Acesso em 15 ago. 2023.

RECLAME AQUI. Plataforma online. Disponível em: <https://www.reclameaqui.com.br/>. Acesso em 15 ago. 2023.

RECLAME AQUI. Termo e Condições de Uso. Disponíveis em: <https://www.reclameaqui.com.br/termos-de-uso/>. Acesso em 15 ago. 2023.

VELÁZQUEZ GARDETA, Juan Manuel. *La protección al consumidor online en el Derecho Internacional Privado Interamericano: análisis sistemático de las propuestas presentadas para la CIDIP VII*. Asunción: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), 2009.

O(S) Dilema(S) para o Futuro da Tributação Ambiental

The Dilemma(s) for the Future of Environmental Taxation

Victor Gustavo Rocha Nylander¹

Ana Carolina Barros Pinheiro Carrenho²

Sumário: Introdução; 1. Objetivo(s) da Tributação Ambiental; 2. A Tributação Ambiental plasmada; 3. Dilema(s) da Tributação Ambiental; Considerações Finais.

Resumo: A preocupação com as mudanças climáticas ganhou forte destaque com a pandemia da SARSCOV-19. Assim cresce o movimento político pelo combate as mudanças climáticas, dentre as ferramentas está a tributação ambiental, a qual será objeto do presente trabalho em analisar quais são o(s) seu(s) dilema(s) dessa ferramenta para com o(s) seu(s) objetivo(s). Para realizar tal trabalho será utilizado, principalmente, a metodologia bibliográfica e o raciocínio lógico-dedutivo. A primeira seção objetiva explicar o(s) objetivo(s) da tributação ambiental, o qual é a internalização, geração de dividendos a partir do envio de estímulos sobre os preços de mercado. A segunda premissa é explicar como a tributação ambiental está construída, com diversas criações de tributos, majoração e redução de carga tributária, mudança de outros e criação de benefícios fiscais. Por fim, na última seção tem a explanação do resultado, a abordagem a respeito do(s) possível(is) dilema(s) da tributação ambiental. Conclui-se na presente pesquisa diversos dilemas, em especial dentro do âmbito que o tributo está inserido, uma vez que a depender de como está organizada, não apenas a estrutura tributária, a ambiental, social e econômica, em poder disponibilizar bens preferencialmente ambientais, frente aos demais que podem gerar externalidades. E é entendido como o maior dilema está na necessidade de compreender em que tipo de ambiente está sendo feito a política da tributação ambiental para que gere dividendos.

Palavras-chave: Tributação Ambiental; Objetivo (s); Dilema (s).

Abstract: Concern about climate change gained strong prominence with the SARSCOV-19 pandemic. Thus grows the political movement to combat climate change, among the tools is environmental taxation, which will be the object of the present work in analyzing what are your dilemma(s) of this tool towards your goals). To carry out such work, bibliographical methodology and logical-deductive reasoning will be used. The first section aims to explain the objective(s) of environmental taxation, which is the internalization, generating dividends from the sending of stimuli on market prices. The second premise is to explain how environmental taxation is built, with several creations of taxes, increase and reduction of the tax burden, change of others and creation of tax benefits. Finally, in the last section there is an explanation of the result, the approach regarding the possible dilemma(s) of environmental taxation. This research concludes with several dilemmas, especially within the scope that the tribute is inserted, since depending on how it is organized, not only the tax structure, the environmental, social, and economic, in being able to provide preferably environmental goods, compared to others that can generate externalities. And it is

¹ Doutorando em Direito & Economia pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito e Ciências Jurídicas Econômicas – Especialidade em Direito Fiscal. Mestre em Economia pela OMMA *Business School of Madrid*. Mestre em Economia & Mercados pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará. Advogado empresarial-tributário. E-mail: vnylander@edu.ulisboa.pt/victor.nylander@gmail.com.

² Doutoranda em Direito da União Europeia pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestra em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto Brasileiro de Direito Público. Especialista em Direito Ambiental pela Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, seção São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Paulista. Advogada do Terceiro Setor. E-mail: anacarolinabpc@gmail.com

understood that the biggest dilemma is the need to understand in what kind of environment the policy of environmental taxation is being carried out so that it generates dividends.

Keywords: Environmental Taxation; Goal(s); Dilemma(s).

Introdução

O combate as mudanças climáticas tornaram-se uma das grandes preocupações do mundo, sendo incorporado como dever de Estados em resguardar o meio ambiente, seja ele natural ou não, como meio de garantir a sustentabilidade e o desenvolvimento da presente e futuras gerações, em um quadro de solidariedade e cooperação.

Com o Estado tendo o dever e a obrigação de cumprir essa proteção, com a prevenção e repressão, utilizará das mais diversas ferramentas, dentre elas as econômicas. E para o presente trabalho apenas será abordado a respeito da ferramenta tributária, o tributo, sem adentrar em profundo em um tipo de tributo específico, mas abordando a respeito de como a proposta de tributação ambiental tem sido construída para o cumprimento do(s) seu(s) objetivo(s) e o(s) dilema(s) que encontrará ao ser constituído.

Para realizar tal análise, será utilizada a metodologia bibliográfica e raciocínio lógico dedutivo, ambos necessários para conseguir compreender a respeito que tipo(s) de dilema(s) a política pública da tributação ambiental pode deparar-se no futuro, o qual pode ainda ser o presente, ou seja, a forma como a política pública tem-se construída na forma de ambiente em que se encontra.

Para conseguir compreender a respeito que tipo(s) de dilema(s) que pode(m) ser encontrado(s), primeiro, é preciso compreender a respeito do(s) objetivo(s) da política pública da tributação ambiental. Uma vez que toda política pública é construída para atender alguma necessidade pública, é preciso entender por que essa respectiva política se diferencia da tradicional política fiscal.

Em seguida, precisa demonstrar como os Estados têm construído a sua política pública da tributação ambiental, da maneira que ela está plasmada, saber a instrumentalização das ferramentas tributárias, que envolvem questões de obrigação tributária principal, acessória, além de possíveis benefícios fiscais.

Por fim, o supracitado, descobrir qual(is) o(s) dilema(s) que a tributação ambiental pode enfrentar no futuro.

1.Objetivo(s) da Tributação Ambiental

A tributação ambiental é uma criação demasiada peculiar. Ela caracteriza-se pelo uso das ferramentas tributárias, em especial a carga tributária do tributo, para a materialização dos direitos, em certa medida pode-se também denominar de objetivos, ambientais.

A questão de materializar direitos e objetivos do Direito Ambiental, faz-se pertinente pelo fato de o Direito Ambiental caracterizar-se distante das questões de mera formalidade, busca a melhoria da qualidade de vida e que seja possivelmente observado e sentido pelos titulares do direito, dentro da materialização do Estado Socioambiental³.

O uso do tributo não será diferente, dentro desse modelo de Estado Socioambiental, em que existe a preocupação de evitar e reduzir riscos sociais, econômicos e ambientais⁴. A(s) consequência(s) com o uso da ferramenta econômica tributária passa a ser o ponto de diferenciação com relação a sua instrumentalização no passado, a qual tinha a finalidade de mero meio de custeio da atividade financeira do Estado, além de outrora precisar manter uma neutralidade quase que absoluta, devido ao entendimento de que o Estado não poderia intervir na economia e na sociedade⁵.

A concepção de ideia de neutralidade tributária absoluta somente é rompida no Estado Social, pós Segunda Guerra Mundial, a preocupação com o uso do tributo com as questões sociais, ainda no século XX e majorado no século XXI, a preocupação ambiental, uma vez compreendido que as diversas crises e danos ocorridos na sociedade originavam-se dos danos ambientais, causando reflexivos efeitos nas diversas outras áreas, como a econômica e social, com os gastos de diversos recursos (como financeiro, capital, humano, natural, *etc.*), gerando uma sociedade de constante risco devido a sensibilidade das variáveis iniciais, podendo levar a diversos caminhos inimaginados⁶.

³ SARLET, Ingor Wolfgang. *Princípios do direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 27-28. A necessidade dessa observação faz-se necessária como forma de materialização do direito ora positivado, ou interpretado sistemicamente a partir do entendimento doutrinário ou jurisprudencial.

⁴ LAURENT, Éloi. « Progrès social-écologique et État social-écologique ». In: *Annales des Mines - Responsabilité et environnement*. 2015/3 (Nº 79). pp. 4-8. Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-responsabilite-et-environnement-2015-3-page-4.htm>>. Data de acesso: 15/05/2023.

⁵ CALIENDO, Paulo. “O princípio da neutralidade fiscal”. In: *Princípios de Direito Financeiro e Tributário - Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 523-531. TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. “Fundamentos econômicos da tributação ambiental”. In: *Tributação, meio ambiente e desenvolvimento*. 1 ed. São Paulo: Forense; Belém-PA: CESUPA, 2016. p. 68.

⁶ SARAIVA, Rute Neto Cabrita e Gil. *A Herança de Quioto em Clima de Incerteza: análise jurídico econômica do mercado de emissões num quadro de desenvolvimento sustentado*. Tese de doutoramento. Ciências Jurídicas-Econômicas (Economia Política). Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2010. pp. 195-196. BECK, Ulrich. “Living in the world risk Society”. In: *Economy and Society*. Vol. 35. Nº 3. Londres, 2006. p. 332. SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 3. NYLANDER, Victor Gustavo Rocha. *O Conceito jurídico-econômico de verdadeiro tributo ambiental*. Dissertação de Mestrado. Mestrado em Direito e Ciências Jurídicas Econômicas – Especialidade em Direito Fiscal. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2021. pp. 199-200.

Para além dos problemas gerados pelos danos ambientais, que precisam ser atendidos pela sociedade e a intervenção do Estado, tem-se consigo o problema intra e intergeracional, possibilidade de comprometer o desenvolvimento de gerações futuras, dado a redução da poupança de recursos, consequentemente resultando em queda de investimentos futuros⁷.

A tributação ambiental, como ferramenta econômica de auxílio para se evitar riscos, além de auxiliar na construção do desenvolvimento sustentável, prevista em algumas constituições, como é o caso da Constituição da República Portuguesa (artigo 66.º, n.º 2.º, alínea “d”)⁸. Tem o objetivo de gerar benefícios para a sociedade, os quais também são denominados de dividendos, com a internalização das externalidades⁹, as quais são falhas de mercado¹⁰.

A internalização da(s) externalidade(s) utilizando o tributo¹¹, é o meio pelo qual o Estado majora artificialmente o preço dos bens e serviços para buscar internalizar nos preços de mercado, alguma externalidade, como bens que ao serem consumidos emitem dióxido de carbono (CO₂), o qual é um gás com potencial de poluir a atmosfera e ser um intensificador do efeito estufa.

A internalização pode ser preventiva, uma vez compreendido os efeitos de como a externalidade ocorre, ou repressiva, após a compreensão e conhecimento da geração da externalidade¹². A altura em que o tributo é criado, com efeito preventivo ou repressivo, muda a classificação do tributo para forte ou fraco, também é possível que seja os dois ao mesmo tempo¹³.

⁷ SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 338. SARAIVA. *A Herança de Quioto em Clima de Incerteza: análise jurídica econômica do mercado de emissões num quadro de desenvolvimento sustentado*. ob. cit. pp. 325-327.

⁸ “Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações;”.

⁹ Externalidade é o efeito, negativo ou positivo, sobre terceiro(s) que não faz(em) parte da relação direta de consumo ou do processo produtivo, podendo ser causado pelo consumidor e/ou pelo produtor. TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. “Fundamentos econômicos da tributação ambiental”. ob. cit. p. 49; LOFGREN, Karl-Gustaf. “Markets and externalities”. In: *Principles of environmental and resources economics: a guide for students and decision-makers*. Coord.: FOLMER, Henk. Gabel, H. Landis. 2ª ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. p. 6. LOBO, Carlos Baptista. “Imposto ambiental: análise jurídico-financeira”. In: *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*. N.º 2. Coimbra, 1994. p. 25.

¹⁰ Outros exemplos de falhas de mercado a incompletude dos mercados, o consumo não exclusivo, o consumo não rival, falta de convexidade e a assimetria de informação. SOARES, Claudia Dias Alexandra. *Instrumentos de promoção da qualidade ambiental: o imposto ecológico*. Dissertação de mestrado. Mestrado em Direito. Especialidade em integração Europeia. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra, 2001. p. 68. ASAFU-ADJAYE, John. *Environmental economics for non-economics*. 2ª ed. Nova Jersey: World Scientific, 2005. p. 66.

¹¹ PIGOU, A. C. *The economics of welfare*. 4ª ed. Londres: Macmillan and Co. Limited, 1932. pp. 190-195.

¹² O fundamento principiológico para o uso do tributo de forma prevenção e/ou repressiva, é com base nos princípios de Direito Ambiental da prevenção (conhecimento dos efeitos futuros), precaução (sem o devido conhecimento a respeito dos efeitos futuros), protetor recebedor e do poluidor pagador.

¹³ NYLANDER. *O conceito jurídico económico de verdadeiro tributo ambiental*. ob. cit. p. 204.

A possibilidade de ser os dois ao mesmo tempo e a mudança de um para outro, passa pela característica da natureza, da sociedade e da economia serem dinâmicas, mudando de um estado para outro, dada as mais diversas tomadas de decisões e efeitos da natureza. O que deixa qualquer análise e compreensão mais complexa, devido à dificuldade de compreender todas as variáveis e como elas interagem, desde os menores fatores até os maiores.

Com a dinamicidade da natureza e da sociedade, o tributo ambiental é construído dentro de um panorama para que ocorra a prevenção e/ou repressão contra eventuais danos ambientais, sem a perda da criação de dividendos (benefícios) para a sociedade. A doutrina tradicional coloca a construção do duplo dividendo, os quais são: melhoria ambiental e geração de emprego¹⁴.

O dividendo da melhoria ambiental seria construído em decorrência de o tributo criado para a proteção ambiental teria a capacidade de internalizar o custo da externalidade, mesmo sem sua plenitude, e geraria um desestímulo para aumento da produção e/ou consumo desse bem/serviço, em decorrência do aumento do peso tributário, majorado o seu custo marginal artificialmente¹⁵.

Ao mesmo tempo em que existiria o desestímulo da geração da externalidade, cria-se o estímulo a geração de novos empregos que poderiam estar em conformidade com a questão da sustentabilidade social, ambiental e econômica, uma vez que esses empregos estariam sendo criados com base em um panorama que inexistia estímulo as externalidades.

No entanto, dentro da lógica da dinamicidade e da capacidade de geração de dividendos, outros dividendos também poderiam ser gerados, seja de forma direta ou de forma indireta, tais como: melhoria da qualidade de vida, combate à pobreza, aumento das receitas públicas tributárias, otimização da administração pública tributária, estímulo ao uso de *epp* (*environmental preference products* – bens preferencialmente ambientais), dentre outros¹⁶.

Compreendido os objetivos da tributação ambiental, a qual tem o viés de ser uma ferramenta de auxílio para se alcançar o desenvolvimento sustentável, com a internalização das externalidades e a geração de diversos dividendos, passa-se a realizar explicação a respeito de como a tributação tem sido plasmada.

¹⁴ ROBAINA, Margarita. ROSETA-PALMA, Catarina. *Impostos ambientais e o duplo dividendo: experiências europeias*. Documentos de Trabalho em Economia. Área Científica de Economia E/nº 14/2004. Departamento de Economia, Gestão e Engenharia Industrial. Universidade de Aveiro. Aveiro, 2014. p. 5. UE, União Europeia. *The double dividend and environmental tax reforms in Europe*. In: EC-IILS Joint Discussion Paper Series. N. 13.

¹⁵ NYLANDER. *O conceito jurídico econômico de verdadeiro tributo ambiental*. ob cit. pp. 155-156.

¹⁶ TUPIASSU, Lise Vieira. “A reforma fiscal verde e duplo dividendo”. In: *Direito Tributário e Econômicos aplicado ao meio ambiente e à mineração*. Org(s). SCAFF, Fernando Facury. ATHIAS, Jorge Alex. São Paulo: Quartier Latin, 2009. pp. 100-104.

2.A Tributação Ambiental plasmada na atualidade

Diversos países possuem políticas consideradas como do âmbito da Tributação Ambiental. Cada país dentro do seu ordenamento jurídico, respeitando sua concepção a respeito do que é o tributo, suas funções, forma, construirá políticas públicas fiscais em conformidade aos tratados internacionais, para atingir os objetivos ambientais.

Importante destacar que, por mais tenha a construção e seja considerado como do âmbito da Tributação Ambiental, a política fiscal ambiental pode não ser construída em determinada jurisdição para se alcançar os objetivos ambientais, mas tenha as suas características.

Como explicado no capítulo anterior, tem-se inicialmente a questão da majoração dos tributos, como meio de internalizar as externalidades. Também existe a criação de tributos específicos sobre as externalidades majorando a carga tributária global de um bem específico.

A título de exemplo tem-se o tributo sobre o carbono (*carbon tax*), o tributo não incide sobre a externalidade diretamente nem por amostragem, apenas sobre bens que possuem a capacidade de ao serem consumidos gerarem externalidades, como os produtos derivados do petróleo, que ao serem consumidos emitem o dióxido de carbono.

A primeira vez que é criado o tributo específico sobre o carbono foi na Suécia, no ano de 1.990, passando a estar em vigor no ano seguinte, em 1.991, sendo nesse país a política mais antiga de tributação sobre um bem específico, cujo objetivo está na internalização da externalidade¹⁷. Importante ressaltar que, a política continua em vigor e passou por diversas alterações.

Na atualidade, diversos outros países já criaram o seu tributo específico sobre o carbono, nas Américas (Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, México, Canadá), alguns países da Europa (Portugal, Espanha, França, Suíça, Noruega, Dinamarca, Ucrânia, Reino Unido), Ásia (Singapura, Coreia do Sul, Cazaquistão, Japão), África (África do Sul), Oceania (Nova Zelândia)¹⁸.

Vale destacar, por mais que diversos países tenham criado tributos específicos sobre a externalidade, na situação colocada o tributo específico sobre o carbono, não significa que

¹⁷ NYLANDER, Victor Gustavo Rocha. *Tributação sobre o carbono na Suécia sob a ótica da economia comportamental*. Dissertação de mestrado. Mestrado Profissional em Economia & Mercados. Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2023. p. 36.

¹⁸ SETHI, Manan. “What countries have a carbon tax?” In: *GCCFINTAX*. <<https://www.gccfintax.com/articles/what-countries-have-a-carbon-tax-4100.asp#:~:text=The%2027%20countries%20with%20significant,%2C%20the%20UK%2C%20and%20UK%20rain>>. Data de acesso: 15/05/2023. MARRON, Donald B. TODER, Eric J. “Tax policy issues in designing a carbon tax”. In: *American Economic Review: papers & proceedings*. Volume 104. N° 5, 2014.

era inexistente a tributação sobre as externalidades, a título exemplificativo tem-se o caso do IVA (Imposto sobre o Valor Agregado) sobre a gasolina. Por mais que não seja um tributo específico, mas amplo, com abrangência em diversos bens e serviços, não deixa de essa tributação criar certo nível de internalização da externalidade, além de ser receita pública para o custeio da atividade financeira do Estado.

Também é possível verificar que a tributação com base no IVA e demais tributos específicos pode ter alíquotas diferentes de acordo com o bem a ser tributado, não se resumindo a análise da essencialidade¹⁹ do bem a ser tributado para com a existência e qualidade de vida da pessoa, mas o que esse bem tem potencial de impacto de geração de externalidades.

A abordagem até essa altura do trabalho tem sido com relação a majoração da carga tributária. Contudo, o inverso pode acontecer, ou seja, a redução da carga tributária em decorrência de esse bem ser mais benéfico para o ambiente, quando comparado com os seus bens concorrentes e substitutos.

Pode-se abordar aqui a questão dos veículos de acordo com o combustível utilizado para sua mobilidade, se é a gasolina, álcool, nitrogênio ou eletricidade. Na União Europeia tem-se a tributação dos veículos elétricos, os quais possuem duas vias de serem tributados: na altura em que o bem é adquirido e a outra quando o bem já é sua propriedade e usa o bem em circulação. Cada país terá a sua política fiscal diferenciada, por vezes não concedendo nenhuma vantagem fiscal, outras concedendo apenas na aquisição ou enquanto propriedade e alguns países nos dois²⁰.

Ainda com relação a diferenciação da alíquota exigida de acordo com o tipo de bem, o tipo de combustível em que o veículo será movido, pode ter uma carga tributária maior se utilizar um bem que gere externalidade, mas pode ter uma alíquota menor se caso utilizar um combustível que não gere externalidade.

Outra via de desoneração para beneficiar os bens com maior conformidade a sustentabilidade ambiental tem-se o uso dos benefícios fiscais, tais como isenção e concessão de crédito tributários. Também é possível o uso de outros benefícios fiscais²¹, mas esses dois são os mais comuns. O primeiro retira a obrigação principal de pagar o tributo, enquanto o

¹⁹ DANILEVICZ, Rosane Beatriz Jachimovski. O princípio da essencialidade na tributação. In: *Revista da FESDT*. Volume 2. N. 3. Porto Alegre, 2009. p. 239.

²⁰ ACEA. European Automobile Manufacturers' Association. *Electric vehicles: tax benefits & purchase incentives*. In the 27 member states of the European Union. Disponível em: <<https://www.acea.auto/files/Electric-Vehicles-Tax-Benefits-Purchase-Incentives-2022.pdf>>. Data de acesso: 16/02/2023.

²¹ Pode-se abordar a respeito da anistia, remissão, subvenção, alterações na base cálculo.

segundo não retira, mas permite ganhar créditos para usar como forma de pagamento em outro tributo.

Com relação ao uso de alíquotas diferentes e o uso de benefícios fiscais, ambos são aplicados tanto em tributos amplos que incidem sobre a externalidade como em tributos específicos, como meio de reduzir custos tributários, pois o bem que é ambientalmente preferente não gera externalidade, assim, em uma visão tributária ambiental não há necessidade de aumentar o custo marginal.

Como pode ser percebido, a tributação ambiental tem sido construída em dois caminhos, aumento e redução da carga tributária de diferentes maneiras. Podendo utilizar tributos específicos ou aqueles tradicionais, mais amplos. Das duas maneiras, percebe-se que a construção de um sistema de tributação ambiental passa pela escolha para além da área social, ambiental e econômica, adentrando no campo da política, dado que a decisão final de tributar determinado bem ou não passa pela escolha política.

A escolha política, para a forma, onde será e a intensidade da atuação do Estado, em motivar ou desmotivar determinadas decisões econômicas com uso das ferramentas tributárias, estará na construção de análise de custos de transação e na capacidade racional dos agentes econômicos envolvidos²².

Não se pode olvidar que a escolha, independentemente de ser política com ou sem fundamento nas *searas* econômica, social e ambiental, não é simples. Uma vez que conforme a arquitetura de escolhas estarem dispostas²³, uma decisão ou outra pode ter resultados esperados, como inesperados.

Por isso, é preciso analisar para além das questões normativas e materiais em conjunto, para que se tenha uma construção no caminho de ter um desenvolvimento sustentável e materialização do Estado Socioambiental, não apenas tendo ambos positivados no ordenamento jurídico pátrio.

Importante lembrar que o mundo, via mercado digital, está cada vez mais conectado, com custos de acesso ao conhecimento cada vez mais baixos. E todos os tributos de alguma maneira terão um efeito socioeconômico-ambiental, esse efeito passa a ser o ponto criterioso, pois é a sua consequência. Com base na busca da análise da consequência jurídico-econômica fiscal ambiental do tributo para com os objetivos ambientais é que se passará para o último tópico do presente trabalho, para responder abordar a respeito dos possíveis dilemas.

²² ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*. 4ª ed. Volume 2. Lisboa: AAFDL, 2022. pp. 310-311. FAURE, Michael. SKOGH, Göran. *The economic analysis of environmental policy and law: an introduction*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2003. p. 144.

²³ THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. pp. 112-113.

3. Dilema(s) da Tributação Ambiental

A Tributação Ambiental aparenta ser uma área demasiada promissora, com o objetivo, expectativa, de construção de um país, de um mundo, melhor em perspectiva ambiental, social e econômica. Contudo, entre a expectativa e atingir o objetivo, no meio existe um caminho que não é simples, devido as diversas tomadas de decisões que podem acontecer.

Como informado antes, o mundo está cada vez mais conectado, pela via do mercado digital, com a digitalização de diversas mercadorias e de serviços (tais como os serviços de *streaming* e comercialização de *e-books* pelas plataformas digitais). A partir dessa digitalização tem-se uma nova alocação dos recursos naturais, de capital e humano.

No entanto, a situação não se resume a mera digitalização, o tempo entre um ponto e outro no mundo está mais curto no século XXI, quando comparado a séculos anteriores. Uma viagem de Belém, capital do Estado do Pará no Brasil, para a cidade de Lisboa, Portugal, é de apenas oito horas pela via aérea comercial, quando comparado a séculos anteriores o tempo seria de no mínimo trinta dias.

Essa informação pode ser irrelevante para a formalidade plasmada para o tradicional Direito Tributário, mas não para a Tributação Ambiental, a qual tem a preocupação para onde as pessoas estão migrando, em decorrência de poder gerar novas distorções, novos impactos socioeconômicos ambientais, além de geração de novas necessidades públicas, inclusive com a possibilidade de majorar ou sobrecarregar outros países.

A questão principal está no efeito em que o tributo plasmado para atender as necessidades ambientais, seja específico sobre a externalidade ou não, terá a capacidade de gerar efeito sobre a sociedade e a economia. Uma vez que construído não deixa de gerar efeitos nas tomadas de decisões e vai passar pelo julgamento do contribuinte que arcará com a carga tributária. O lado da desoneração tributária também gerará estímulos.

Em ambas as situações, serão interpretados em conjunto com o ambiente institucional, ou seja, a forma em que as instituições tratam e emitem estímulos para o contribuinte onerado ou desonerado. No final o contribuinte, dentro de sua racionalidade limitada, a partir daquilo que ele interpreta, analisa e julga em sua subjetividade, responderá em seguir ou não com a geração de sua atividade ou consumo.

E será analisado o lado da oneração e da desoneração. A oneração tributária aumenta o custo de transação, ou seja, aumenta o custo do contribuinte em ter acesso algum bem que tem utilidade para ele. Nessa possibilidade ele pode pensar em optar por um bem mais “amigo” do ambiente, porém é preciso que o contribuinte tenha acesso a esse bem

concorrente ou substituto, caso contrário somente será um sufoco para o contribuinte, o que pode gerar estímulo de sonegação fiscal e mantendo a produção da externalidade. Tendo a mera realocação de custos.

Também existe outro problema da majoração da carga tributária, em que o aumento do peso morto sobre o bem, sem a possibilidade de troca por outro bem substituto ou concorrente, pode levar a redução da atividade econômica, questão essa a poder criar problemas, como a pobreza, conseqüentemente terá maior aumento da economia de extrativismo, deixando as pessoas dependentes de quanto conseguem extrair os bens naturais e não sobre a utilidade gerada pelo bem.

Pelo lado da desoneração parece ser uma excelente ideia, mas é preciso ter cuidado. Por mais que o bem seja considerado como um bem preferencialmente ambiental, é preciso analisar em sua cadeia qual será o seu efeito a posterior, como é a situação do veículo elétrico que possui dependência de alguns tipos de minérios, como o lítio (com grande rigidez geográfica em poucos países) e da produção de energia elétrica mundial para que mantenha a utilidade para o contribuinte.

Para a manutenção do atendimento do respectivo bem, depende ainda da relação entre oferta e demanda, caso a demanda cresça o ofertante precisará aumentar a oferta desse bem a depender da relação entre custo e faturamento, para que exista o atendimento precisará aumentar o custo de produção, caso não existam condições para essa devida prestação, somente existirá o aumento de preço, não gerando atendimento de necessidades públicas pelo lado do ofertante.

E não se pode esquecer de analisar a desoneração tributária com relação ao custo de aquisição de demais bens, por mais que reflita no preço, a condução pela via tributária na altura em que ocorrer a comparação de preços pode resultar em mera relocação de externalidade, devido ao custo dos demais bens.

Mesmo que exista um movimento para que o contribuinte faça o câmbio do bem causador da externalidade por outro que não gere, ainda tem o problema do custo de transação da troca de um determinado bem ou mesmo o custo de transação de toda troca do processo de produção de um respectivo bem. Questão que pode levar muito tempo para acontecer, dependente da capacidade racional das pessoas de conseguirem inovar mediante os novos custos de transação.

Agora, é preciso analisar uma questão pouco abordada pelos tributaristas ambientais. Como as demais políticas públicas afetam os efeitos dos tributos ambientais? Essa pergunta não tem como ser esquecida, por uma questão muito simples, em síntese, está sendo

abordado a relação entre aumentos e redução dos custos de transação com relação a custo social gerado por atividade ou consumo. E no mundo real, há outras políticas públicas, não tributárias que se somam como custos de transação para que o contribuinte desenvolva ou consuma algum bem.

As demais políticas públicas também influenciam na tomada de decisão, então é preciso analisar a tributação ambiental em conjunto com o ambiente, não apenas institucional, mas cultural, econômico, natural, artificial, dentre outros, e o mais difícil é a compreensão de como essas variáveis se relacionarão.

A dificuldade está, como informado antes, na sensibilidade das variáveis e a análise da tributação ambiental está no campo macro, mas os seus efeitos são apenas sentidos no âmbito micro, tendo apenas os seus efeitos enxergados, interpretados e compreendidos no âmbito macro.

O Estado ao fazer a política fiscal ambiental utilizará das análises macros, em especial a macroeconomia, a qual possui um problema, a área macroeconômica é o resultado de uma série de decisões do âmbito da microeconomia, representando a realidade de uma parte, mas não do todo, além de ignorar os variados pontos em torno da curva, ainda tendo a possibilidade de nenhuma pessoa estar na curva, sendo na verdade apenas o ponto de referência, e em nada corresponder a realidade. O Estado pode cometer o erro de elaborar uma política pública que não atende ninguém.

A geração de dividendos é fortemente dependente de inúmeras variáveis, as possibilidades de geração de dividendos são de fato prováveis, mas não são automáticas. É provável que a falha esteja na tomada de decisão centralizada na imagem institucional denominada Estado, devido a possibilidade de erro político, como erro da democracia na altura da escolha dos seus representantes.

A tributação ambiental é construída a partir da possibilidade de solução de problemas das externalidades, mas de fato ser a solução é de difícil precisão. O que pode ser mais um fator para mudança de decisões, tais como decidir residir em um país ou outro, assim como a escolha por atender uma necessidade ou outra, dificultando, inclusive, a receita do Estado.

O maior dilema da Tributação Ambiental não se encontra em saber onde está sendo feita, mas saber que ao ser feita não está no mesmo lugar de antes, devido as constantes mudanças sociais, econômicas, políticas e da natureza. Possibilidade de gerar outros problemas, do que de fato solucionar para auxiliar a construção do modelo de desenvolvimento sustentável.

Considerações Finais

O presente trabalho teve o objetivo de identificar qual(is) dilema(s) que a tributação ambiental pode enfrentar em seu futuro para a materialização dos seus objetivos. Para isso chegar ao resultado foi utilizada a metodologia bibliográfica de diversos países, e o raciocínio lógico dedutivo.

No primeiro capítulo foi abordado a respeito dos objetivos da tributação ambiental, que são: a internalização das externalidades e a produção de dividendos (benefícios) para a sociedade, os quais envolve a geração de estímulos de consumo e produção mais benéficos para a sociedade, economia e ambiente, os quais podem ser diretos da relação com o tributo ou indiretos.

Enquanto o segundo capítulo ficou a cargo demonstrar a forma que a política pública da tributação ambiental tem sido construída, tendo duas principais vias: a majoração da carga tributária como meio de majoração do custo marginal, buscando inviabilizar determinado bem. E a segundo a via está na desoneração tributária, seja reduzindo a alíquota ou usando benefícios fiscais, como meio de estimular a produção ou consumo de determinado bem.

No último capítulo foi feita a abordagem a respeito dos possíveis dilemas que a tributação ambiental pode enfrentar, dentre eles a não materialização dos seus objetivos, em decorrência de a arquitetura de escolhas e a racionalidade do indivíduo levar para a viabilização de um caminho diferente.

Também foi abordado a respeito dos possíveis erros que o próprio Estado pode cometer ao utilizar métodos macros de análises a respeito dos efeitos da tributação ambiental. Em especial, cometendo o erro de ignorar as variações, as quais podem ser os principais pontos percebidos na sociedade.

Compreendeu-se como principal dilema para o futuro da tributação ambiental entender em que tipo de ambiente está sendo construída a respectiva política pública, devido à dificuldade de compreender as variações dos diversos pontos, como se relacionam, além da sensibilidade inicial das variáveis. Questões essas pertinentes, caso contrário pode-se chegar a resultados negativos, opostos ao objetivo do desenvolvimento sustentável, criando-se o dilema entre proteção ambiental e desenvolvimento econômico.

Referências Bibliográficas

ACEA. European Automobile Manufacturers' Association. *Electric vehicles: tax benefits & purchase incentives*. In the 27 member states of the European Union. Disponível em: <<https://www.acea.auto/files/Electric-Vehicles-Tax-Benefits-Purchase-Incentives-2022.pdf>>. Data de acesso: 16/02/2023.

- ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, Volume 2, 4ª ed, Lisboa: AAFDL, 2022.
- ASAFU- ADJAYE, John. *Environmental economics for non-economists*, 2ª ed, Nova Jersey: World Scientific, 2005.
- BECK, Ulrich. “Living in the world risk Society”, in: *Economy and Society*, Volume 35, nº 3, Londres, 2006.
- CALIENDO, Paulo. “O princípio da neutralidade fiscal”, in: PIRES, Adilson Rodrigues e TÔRRES, Heleno Taveira (Orgs.). *Princípios de Direito Financeiro e Tributário - Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 503-540.
- DANILEVICZ, Rosane Beatriz Jachimovski. O princípio da essencialidade na tributação. In: *Revista da FESDT*, volume 2, nº 3, Porto Alegre, 2009.
- FAURE, Michael. SKOGH, Göran. *The economic analysis of environmental policy and law: an introduction*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2003.
- LAURENT, Éloi. « Progrès social-écologique et État social-écologique », in: *Annales des Mines - Responsabilité et environnement*. 2015/3 (Nº 79). pp. 4-8. Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-responsabilite-et-environnement-2015-3-page-4.htm>>. Data de acesso: 15/05/2023.
- LOBO, Carlos Baptista. “Imposto ambiental: análise jurídico-financeira”, in: *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº 2, Coimbra, 1994.
- LOFGREN, Karl-Gustaf. “Markets and externalities”, in: FOLMER, Henk. Gabel, H. Landis (Orgs.). *Principles of environmental and resources economics: a guide for students and decision-makers*. 2ª ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2000.
- MARRON, Donald B. TODER, Eric J. “Tax policy issues in designing a carbon tax”, in: *American Economic Review: papers & proceedings*. Volume 104. Nº 5, 2014.
- NYLANDER, Victor Gustavo Rocha. *O Conceito jurídico-económico de verdadeiro tributo ambiental*, dissertação de Mestrado, Mestrado em Direito e Ciências Jurídicas Econômicas – Especialidade em Direito Fiscal, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Lisboa, 2021.
- NYLANDER, Victor Gustavo Rocha. *Tributação sobre o carbono na Suécia sob a ótica da economia comportamental*, dissertação de mestrado, Mestrado Profissional em Economia & Mercados, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2023.
- PIGOU, A. C. *The economics of welfare*. 4ª ed. Londres: Macmillan and Co. Limited, 1932.
- ROBAINA, Margarita. ROSETA-PALMA, Catarina. *Impostos ambientais e o duplo dividendo: experiências europeias*. Documentos de Trabalho em Economia. Área Científica de Economia E/nº 14/2004. Departamento de Economia, Gestão e Engenharia Industrial. Universidade de Aveiro. Aveiro, 2014.
- SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- SARAIVA, Rute Neto Cabrita e Gil. *A Herança de Quioto em Clima de Incerteza: análise jurídico-económica do mercado de emissões num quadro de desenvolvimento sustentado*. Tese de doutoramento. Ciências Jurídicas-Econômicas (Economia Política). Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2010.
- SARLET, Ingor Wolfgang. *Princípios do direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 27-28.
- SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

SOARES, Cláudia Dias Alexandra. *Instrumentos de promoção da qualidade ambiental: o imposto ecológico*. Dissertação de mestrado. Mestrado em Direito. Especialidade em integração Europeia. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra, 2001.

THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. “Fundamentos econômicos da tributação ambiental”, in: NETO, João Paulo Mendes e TUPIASSU, Lise Vieira (Orgs.). *Tributação, meio ambiente e desenvolvimento*. 1 ed. São Paulo: Forense; Belém-PA: CESUPA, 2016.

TUPIASSU, Lise Vieira. “A reforma fiscal verde e duplo dividendo”. In: SCAFF, Fernando Facury. ATHIAS, Jorge Alex (Orgs.). *Direito Tributário e Econômicos aplicado ao meio ambiente e à mineração*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

UE, União Europeia. “The double dividend and environmental tax reforms in Europe”, in: *EC-IILS Joint Discussion Paper Series*. N. 13.

Tendências Regulatórias para Empresas no Contexto das Novas Regulações de Mercado: O trabalho com Tecnologias em Startups

Yasmin Fernanda Prepichini¹

Sumário: 1. Introdução. 2. O que é uma *startup*? 3. Principais modelos de contratação de uma *startup*. 4. Problemas de demissão em massa dos *big players*. 5. Conclusão. 6. Referências.

Resumo: O presente estudo empreende uma análise abrangente do ecossistema de startups, focalizando tanto o cenário nacional brasileiro quanto a dimensão global. O objetivo central é aprofundar a compreensão das startups, abordando sua definição fundamental e ressaltando exemplos emblemáticos que desempenharam papéis significativos nas esferas internacional e nacional. No âmago dessa investigação está a identificação dos fatores que impulsionam a inovação e a tecnologia, delineando os agentes impulsionadores desse setor em crescimento. Além de examinar as forças motrizes, o estudo se dedica a mapear os atores de destaque, tanto no cenário global quanto no Brasil. Uma análise minuciosa dos modelos de contratação adotados pelas startups é conduzida, acompanhada de uma investigação das motivações subjacentes a esses modelos. Compreender como essas empresas estruturam suas equipes é crucial para delinear os fatores que contribuem para o sucesso e a adaptabilidade das startups em um ambiente em constante evolução. Contudo, o estudo não se detém apenas nos aspectos positivos. Ele aborda também as problemáticas decorrentes da crise, especialmente no que tange às empresas líderes nos setores de inovação e tecnologia. A análise se estende às implicações desses desafios nas partes interessadas diretas, considerando como a turbulência econômica e as incertezas afetam as startups e suas redes de influência. Em síntese, este estudo se propõe a iluminar as várias facetas das startups, desde sua essência e motivações até suas respostas às crises globais. Ao fazer isso, ele lança luz sobre a dinâmica do empreendedorismo inovador e suas implicações mais amplas para as economias locais e globais, bem como para os atores envolvidos nesse emocionante e desafiador campo.

Palavras-chave: Inovação. Tecnologia. Big Player. Modelo de trabalho.

1. Introdução

Nas últimas décadas ocorreram diversas transformações e revoluções tecnológicas no mundo ocidental e oriental vinda do uso da internet que provocou mudanças no estilo de vida e na forma de comunicação, interação, resolução de problemas e descoberta de novas informações. Com o passar do tempo se houve falar cada vez mais em inovação, o que tem desempenhado um grande papel na economia com a crescente de big players no mercado nesse setor. Vários países buscam alcançar um crescimento econômico que seja inteligente, inclusivo e sustentável².

¹Advogada. Mestranda em Direito pela Universidade Positivo. Pós-Graduada em Segurança Digital, Governança e Gestão de Dados pela PUC-RS. Membro do GRAED (Grupo Econômico em Análise Econômica do Direito). E-mail: yprepichini@gmail.com.

²PENA, C.; MAZZUCATO, M. The Brazilian innovation system: a mission-oriented policy proposal. Brasília: CGEE, 2016

Com isso surgiram as *startups*, sendo uma das principais fontes de inovações do século XX, sendo que a internet acelerou esse processo. Busca-se neste artigo trazer a influência das *startups* dentro da atual realidade, bem como o modelo de trabalho empregado dentro delas e a influência dos big players para se manterem firmes no mercado com a oscilação da economia sem gerar desemprego.

2. O que é uma *startup*?

Existem diversos conceitos e definições de *startups*. Blank e Dorf³ definem *startup* como uma organização temporária em busca de modelo de negócio escalável, repetitivo e lucrativo. Já outro conceito é que trata-se de um empreendimento criado para trazer novos produtos e serviços os quais trazem uma gama de incerteza.

Com isso, uma grande característica de *startup* são as metodologias ágeis dentro dos desenvolvimentos de produtos, buscando evitar desperdício de esforço e retrabalho, ou seja, a ideia é que um produto inovador seja criado, testado no mercado, e, caso não exista uma validação, exista uma rápida mudança no desenvolvimento da ideia de modo que a empresa seja pivotada e busque um novo processo de desenvolvimento com uma nova entrega para o mercado. A ideia é que a *startup* se adapte às necessidades das pessoas e não que as pessoas se adaptem a ela. Com isso exige-se muita competência, celeridade e colaboração na equipe envolvida dentro do projeto.

Importante ressaltar que a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) traz instrumentos de promoção de *startups* nos países envolvidos, podendo fazer parte de quatro grupos principais, tais como: 1. Apoio financeiro em que são envolvidos recursos para desenvolvimento de produtos e ideias, além de empréstimos; 2. Consultoria, com aconselhamento legal e de gestão; 3. Construção de modelos, que incluem prêmios e competições e 4. Treinamento, com atividades em universidades para estudantes.

Inclusive o Brasil é um grande incentivador na área de inovação, contando com diversos Editais de Aceleração de novos negócios bem como a *Startup* Brasil, que é um Programa Nacional de Aceleração de *startups*, instituído em 2012 pelo MCTI, que tem o objetivo de apoiar o desenvolvimento de *startups*, entendidas como empresas principiantes de base tecnológica, que atuem nas áreas de software, hardware e serviços de tecnologia da informação (TI), ou ainda *startups* que se proponham a utilizar essas tecnologias como

³ KON, F. et al. A panorama of the Israeli software start-up ecosystem. SSRN Electronic Journal. Nova Iorque, 2014.

elementos do seu esforço de inovação. Outros concursos famosos são o InovApps e Inovativa Brasil.

Não é possível estimar com precisão o número de *startups* que existem hoje pelo mundo, uma vez que *startups* nascem e morrem diariamente e por isso os dados tendem a sofrer alterações constantes. Em 2016, por exemplo, foram registradas a abertura de uma média de 100 milhões de empreendimentos que se encaixam no modelo de *startup* ao redor do mundo⁴. Mas, dentre essas milhares de *startups*, cerca de 1000 se encaixam na categoria de unicórnio, ou seja, aquelas *startups* que conseguiram atingir o valor de US\$1 bilhão no mercado de ações. Juntos, os unicórnios totalizam US\$ 3,677 trilhões sendo consideradas *big players* no mercado, segundo dados da CB Insights⁵. Dentro do Brasil podemos citar a Ebanx, MadeiraMadeira, C6, Hotmart, 99, Loggi, Nubank, Neon, Quinto Andar, Olist, entre outras, totalizando 22 unicórnios brasileiros até o momento.

O que diferencia uma startup é o propósito que ela traz, existindo a consideração de que as *startups* seriam formadas por um grupo enxuto de pessoas que têm como objetivo executar uma ideia a fim de torná-la uma empresa rentável, além de compartilharem um ideal de missão que corresponde a mudar o mundo para melhor. Por isso, é importante o propósito por trás da ideia do fundador, trazendo a ideia de “mudar o mundo”, tema recorrente em diversas entrevistas com empreendedores.

Outro aspecto crucial é a escalabilidade e a sua disposição em correr riscos e transformar-se constantemente de acordo com a demanda do mercado, trazendo a máxima de “se for para falhar, que falhe rápido”. Essa questão de flexibilidade e imprevisibilidade reflete diretamente nas pessoas que estão dentro do dia a dia da operação.

3. Principais Modelos de Contratação de Uma *Startup*

A ideia dentro de uma *startup* é que seja uma equipe enxuta e reduzida, levando ao esforço máximo da equipe para desempenhar suas funções e focar a receita da empresa em desenvolvimento de novos produtos e testes dentro do mercado. Para tal, verifica-se uma ampla informalidade na contratação, buscando em um primeiro plano um prestador de serviço ao invés de um empregado registrado em regime CLT, a fim de reduzir gastos e tributos.

Rememora-se que o contrato de trabalho é firmado com pessoas físicas, em regra, enquanto o de prestação de serviços deve ser firmado com pessoa jurídica, que

⁴ Dados referentes aos anos de 2016 e 2017, levantados pelo Global Entrepreneurship Monitor. Disponível em: <https://www.gemconsortium.org/report/49812>

⁵ Disponível em: <https://www.cbinsights.com/research-unicorn-companies>

preferencialmente não deverá ser Microempreendedor Individual. Portanto, sempre deve ser evitada a contratação de pessoa física. Caso seja necessário, é imperativo que o tomador do serviço (contratante) emita recibo de pagamento autônomo (RPA). Esclarece-se, ademais, que são 5 os elementos caracterizadores da relação de trabalho e que devem ser evitados pelos contratantes: 1. Alteridade; 2. Subordinação; 3. Pessoalidade; 4. Onerosidade; e 5. Não eventualidade. O risco não decorre apenas das disposições contratuais, mas também das atitudes adotadas pelo tomador do serviço.

Além da contratação informal por meio de contrato de prestação de serviços, é comum no meio das startups o trabalho em coworking, criado pelo designer Bernie DeKoven em 1999, e, a priori, o coworking não era usado como definição para um espaço de trabalho mas sim para classificar uma nova dinâmica que já seguia as tendências pela busca de novas formas de trabalho que pudessem criar mais autonomia, e também oportunidade de conexões profissionais aos envolvidos. Com o tempo, o conceito de coworking foi ampliado, e o primeiro espaço do modo que conhecemos hoje surgiu em São Francisco (Califórnia, EUA), sendo considerada uma “casa de bem-estar” que poderia ser compartilhada por empregados cansados do estilo tradicional de trabalho e do isolamento. O diferencial é que o local disponibilizava acesso à internet, refeições compartilhadas, meditação, massagem, passeios de bicicleta e fechava criteriosamente às 17h45.

Percebe-se que isso criou um novo estilo de vida para as pessoas, sendo diferente do ambiente tradicional do escritório e focando na qualidade de vida dos envolvidos, o que é uma realidade dentro das *startups* por mais que optem por trabalhar com uma equipe reduzida, levando muito a sério o networking entre os envolvidos e concorrentes da área, a fim de fazer um benchmarking com as ideias do mercado.

Parece interessante, mas também pode acarretar em diversos problemas, seja para a empresa, que assume um possível passivo trabalhista por não possuir empregados no regime celetista e também para o colaborador que não possui uma estabilidade em seu trabalho, o que disparou com a pandemia do covid 19 e a crise econômica atual.

4. Problemas de Demissão em Massa dos Big Players

A crise desencadeada pela pandemia de COVID-19 impactou fortemente os setores de tecnologia e inovação, gerando desafios econômicos que reverberam globalmente. Apesar da contínua demanda por profissionais altamente qualificados na área de tecnologia, grandes players estão enfrentando dificuldades que levaram a demissões em massa e à interrupção de

novas contratações. Essa situação é exacerbada pela volatilidade dos mercados financeiros, incluindo flutuações nas taxas de juros, inflação e nos mercados de ações e criptomoedas.

A tendência de empresas renomadas, como Microsoft, Google e Amazon, reduzindo vagas e cortando custos, não é restrita a uma única nação, mas sim uma consequência das oscilações econômicas globais. Esse cenário é também refletido no Brasil, com startups de destaque como Ebanx, Quinto Andar e MadeiraMadeira enfrentando desafios similares. Algumas demissões têm ocorrido em videoconferências coletivas, ampliando a incerteza e impactando emocionalmente os colaboradores afetados.

As razões por trás das demissões em massa são multifacetadas e complexas. Inadimplência elevada por parte dos clientes, baixa produtividade e não cumprimento das metas globais da empresa têm contribuído para a tomada dessas difíceis decisões. A natureza dinâmica das startups, frequentemente caracterizada por modelos de negócios em evolução e agilidade, introduz uma volatilidade intrínseca que pode resultar em turbulências e instabilidade no ambiente de trabalho.

Uma consequência preocupante dessas demissões em larga escala é a incerteza que se instaura entre os colaboradores. A natureza fluida das startups pode deixar os funcionários em uma posição vulnerável, uma vez que podem ser desligados abruptamente sem acesso adequado aos seus direitos trabalhistas e com pouca previsibilidade para o futuro.

Frente a esse cenário, as empresas enfrentam um desafio sensível de equilibrar a necessidade de adaptação às condições econômicas voláteis com a manutenção de um ambiente de trabalho justo e estável para seus colaboradores. Estratégias de gestão cuidadosamente planejadas, comunicação transparente e apoio à transição de carreira podem ajudar a mitigar os impactos negativos das demissões em massa e oferecer alguma segurança aos profissionais afetados.

Em resumo, a situação atual destaca a complexidade de gerenciar empresas inovadoras em um ambiente de incerteza econômica. Ações e decisões bem pensadas não apenas podem auxiliar na sobrevivência das empresas em tempos difíceis, mas também garantir o bem-estar dos colaboradores, que desempenham um papel crucial no avanço desses setores dinâmicos.

5. Conclusão

Em síntese, este estudo buscou lançar uma abordagem abrangente sobre o dinâmico cenário das startups, oferecendo uma análise profunda de sua atuação no mercado e do funcionamento intrínseco de seus modelos de negócios. Ao longo desta pesquisa, foi possível

discernir não apenas as características distintas que definem as startups, mas também as complexidades e obstáculos que elas enfrentam em sua jornada empreendedora.

Ao elencar os *big players* de destaque no âmbito global, o estudo ressaltou a influência substancial dessas empresas inovadoras na economia e na transformação digital. A contextualização de exemplos de startups brasileiras que ascenderam ao status de unicórnio evidencia a capacidade do país de criar empreendimentos notáveis, que não apenas abraçam a inovação, mas também moldam a paisagem empresarial e tecnológica do Brasil.

O exame minucioso do modelo de contratação adotado pelas startups abriu um panorama para compreender as estruturas de equipe enxutas e ágeis que caracterizam essas empresas. A análise das razões subjacentes a esse modelo destacou a necessidade de eficiência, agilidade e foco direcionado, permitindo que as startups respondam de maneira mais flexível às rápidas mudanças no ambiente de negócios.

No entanto, a pesquisa não se limitou a retratar os aspectos positivos. Ela também trouxe à tona as complexidades emergentes da atual crise, que impactam de maneira profunda as empresas dos setores de tecnologia e inovação. A problemática resultante dessa crise reverbera diretamente no modelo de contratação, uma vez que as empresas se veem desafiadas a reavaliar suas estratégias e operações para se adaptarem a um contexto econômico volátil e em constante evolução.

O estudo ressalta a necessidade de as empresas líderes se reinventarem e encontrarem soluções inovadoras para superar os desafios presentes, mantendo-se ágeis e focadas em seu objetivo central. Além disso, destaca a importância de políticas de apoio e incentivo governamentais para sustentar o crescimento contínuo do ecossistema de startups, promovendo a inovação como um motor essencial para o desenvolvimento econômico.

Em conclusão, este estudo proporcionou uma visão abrangente das startups, desde sua atuação no mercado até os desafios impostos pela crise global. Ao analisar seus modelos de negócios, principais atores, modelos de contratação e as ramificações das adversidades, a pesquisa contribui para a compreensão mais profunda do papel vital das startups na economia contemporânea e nas trajetórias de inovação.

6. Referências

- BERRY, F. S.; BERRY, W. D. *Innovation and diffusion models in policy research*. In: SABATIER, P. A. *Theories of the policy process*. 2. ed. Colorado: Westview Press, 2007.
- KON, F. et al. *A panorama of the Israeli software start-up ecosystem*. SSRN Electronic Journal. Nova Iorque, 2014.
- PENA, C.; MAZZUCATO, M. *The Brazilian innovation system: a mission-oriented policy proposal*. Brasília: CGEE, 2016

OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO. *Oslo manual: guidelines for collecting and interpreting innovation data*. 3. ed. Paris:
OCDE; Eurostat, 2005.

ESTUDIOS DE DERECHO Y GOBERNANZA

